DER KONKUBINAT IM STRAFRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON
GÉRARD VON WATTENWYL
VON BERN

Typarsatz und Offsetdruck der Polygraphischen Gesellschaft Laupen bei Bern
1928

DER KONKUBINAT IM STRAFRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON
GÉRARD VON WATTENWYL
VON BERN

Typarsatz und Offsetdruck der Polygraphischen Gesellschaft Laupen bei Bern
1928

INHALTSVERZEICHNIS.

Der Konkubinat im Strafrecht.

I. TEIL: RECHTSGESCHICHTLICHE BETRACHTUNG.

§ 1. Einleitung 1

1. Abschnitt: Das römische Recht.

§ 2. Königszeit und Republik 2
1. Königszeit 2
2. Republik 4
§ 3. Von der Kaiserzeit bis zum Jahre 476 6
1. Von Augustus bis Konstantin 6
2. Von Konstantin bis zum Jahre 476 14
§ 4. Vom Untergang des weströmischen Reiches an 17
1. Vorjustinianische Zeit 17
2. Zeit Justinians 18
3. Nachjustinianische Zeit 20
§ 5. Rückblick auf den römischen Konkubinat 21

2. Abschnitt: Das germanische Recht.

§ 6. Von den Germanen bis zum 16. Jahrhundert 22
1. Von der germanischen Zeit bis ins Mittelalter 22
2. Das Mittelalter 27
§ 7. Die Neuzeit 29
1. Von 1500 bis 1800 29
2. Von 1800 an 35
§ 8. Rückblick auf das germanische Recht 36

3. Abschnitt: Das kanonische Recht.

§ 9. Einleitung 36
§ 10. Kirche und Konkubinat 37
1. Der Konkubinat als kirchliches Delikt 37
2. Die Strafen 41
§ 11. Anhang: Das mosaische Recht 43

II. TEIL: VERGLEICHENDE DARSTELLUNG DER MODERNEN RECHTE.

§ 12. Einleitung 46

4. Abschnitt: Das schweizerische Recht.

§ 13. Allgemeines 46
§ 14. Die kantonalen Gesetzgebungen 47
§ 15. Der schweizerische Strafgesetz-Entwurf 61

5. Abschnitt: Übrige Staaten.

§ 16. Deutschland 63
§ 17. Andere Länder 76

6. Abschnitt: Allgemeine Betrachtungen.

BIBLIOTHEEK RIJKS UNIV. LEIDEN

I. TEIL.

RECHTSGESCHICHTLICHE BETRACHTUNG.

§ 1. Einleitung.

In dieser strafrechtlichen Betrachtung des Konkubinates soll zuerst in einem rechtsgeschichtlichen Teil untersucht werden, welche Rolle dieses Verhältnis in den verschiedenen Perioden der Geschichte gespielt hat, und wie weit sich das Strafrecht damit zu befassen hatte. Es war der Konkubinat eine Verbindung, die in den frühesten Zeiten schon sehr verbreitet war, strafrechtlich zuerst bedeutungslos, dann aber infolge der Überhandnahme der christlichen Anschauungen nach und nach als verabscheuungswürdig betrachtet. Mit der stets wachsenden Macht der Kirche, die mit dem Hinweis auf die heilige Schrift die Ehe als Sakrament darstellte, und im besondern nach den Schriften des Apostels Paulus, der die Enthaltsamkeit als Ideal aufgestellt hatte, wurde der Konkubinat in kirchlichen und weltlichen Strafgesetzen aufgenommen und mit ziemlich harten Strafen belegt. Als später die Kirche ihre strafrechtliche Macht einbüsste, und der Konkubinat infolge der Erleichterungen der Eheschliessung seine Hauptbedeutung verlor, wurde er aus der Reihe der Verbrechen gestrichen und unter die leichten Vergehen eingereiht, bis er in der neuesten Zeit zum Teil bloss noch in den Polizeigesetzbüchern figuriert und zum Teil ganz ungestraft bleibt.

Der zweite Teil der Arbeit soll die rechtsvergleichende Darstellung der modernen Gesetze enthalten, in welcher die Stellungnahme der hauptsächlichsten Staaten unter spezieller Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes gegenüber dem Konkubinat gezeigt werden soll.

1. ABSCHNITT: DAS RÖMISCHE RECHT.

§ 2. Königszeit und Republik.

1. Die Königszeit.

Schon in ältester römischer Zeit hatten wir ein Institut, welches dem heutigen Konkubinat ähnlich war, jedoch diesem nicht gleichkam. Es ist nicht anders denkbar, dass dort, wo die rechtsgültige Verbindung der Ehe an strenge Bedingungen geknüpft wird, sich eine Gruppe von Verhältnissen bilden muss, die zur rechtmässigen Ehe in einem gewissen Gegensatze steht.

Die Römer verlangten zur Eingehung eines iustum matrimonium von den betreffenden Personen die Erfüllung einer Reihe strenger Erfordernisse[1]: Zwischen beiden Personen musste das ius conubii vorhanden sein, d. h. es durfte kein Ehehindernis bestehen, welches auf den Stand, die Zivität oder die Völkerschaft Bezug hatte. Ferner forderten sie die Zeugungsfähigkeit, und ausser dem Konsens der sich heiratenden Peronen, auch die Einwilligung ihrer Gewalthaber. Ebenso waren verwandtschaftliche Ehehindernisse, sowie der Mangel einer solennen Eheeingehung, oder die Tatsache, dass ein Ehegatte bereits verheiratet war, Hindernisgründe, die eine Verbindung vom iustum matrimonium ausschlossen. Als Hauptunterschied zwischen dem iustum matrimonium und allen andern Verhältnissen galt der, dass nur die richtige Ehe die Möglichkeit ergab, die Familie legitim fortzusetzen. Mit der Aufstellung dieser zahlreichen Erfordernisse zur Ehe mussten in Rom viele Verbindungen entstehen, die eine oder mehrere dieser Bedingungen nicht erfüllten und daher vor dem Gesetz nicht als iustum matrimonium galten.

Diese ausserehelichen Verhältnisse zerfallen je nach dem Motiv, das zu ihrer Begründung geführt hat, in zwei Gruppen. In die erste Gruppe kommen alle Verbindungen, die mit einer positiven Absicht zur Ehe entstanden waren, aber durch das Fehlen einer Bedingung nicht als rechte Ehe galten. Die zweite Gruppe wird gebildet aus allen Verbindungen, die von Anfang an bloss vorübergehender Natur sein und sich nach Zeit und Lust wieder lösen sollten, also ohne Eheabsicht. Obgleich für unsere heutige Anschauung die erste Gruppe der Ehe ethisch fast gleichkommt,

---

[1] Karlowa: Römische Rechtsgeschichte, 2. Band, S. 151 ff.; Danz: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, S. 149 ff.

und im Gegensatz dazu die letztern Verhältnisse verwerflich erscheinen, haben die alten Römer keinen Unterschied gemacht. Für sie war massgebend: Es war kein iustum matrimonium, also ein illegitimes Verhältnis, welches auch das Motiv dazu gewesen sein mag, es wurde alles ohne Unterschied unter dem Namen Pellikat[2] behandelt.

Dieses Institut hatte seinen Ursprung im griechischen Recht und war mit einigen Abänderungen von den Römern angenommen worden. Der Hauptunterschied bestand darin, dass in bezug auf die Kinder die Stellung der römischen Frau eine schlechtere war, als bei den Griechen. Bei diesen war die Frau nicht allein, sondern hatte immer eine Anzahl Nebenbuhlerinnen. Dabei aber waren ihre Kinder frei, da sie ja eigentlich zum Zweck der Kindererzeugung in ihre Stellung gekommen war. Im Gegensatz dazu stand die römische Auffassung: Pellex ist, wer ohne ein iustum matrimonium mit einem Manne dauernd zusammenlebt, da sie die zur richtigen Ehe verlangten Erfordernisse zu erfüllen nicht imstande ist. Sabinus erklärt das mit den Worten: Pellicem apud antiquos eam habitam, quae cum uxor non esset cum aliquo tamen vivebat[3]. Die Pellex hatte im alten Rom keine Nebenfrauen neben sich, stand ethisch wie eine Ehefrau da, und die Dauer des Verhältnisses, sowie das Moment, dass beide Teile unverheiratet sein mussten, grenzten das Verhältnis gegenüber andern scharf ab. Die Kinder der Pellex folgten in ihrem Stande der Mutter und besassen rechtlich keinen Vater; sie hatten keinen Vorteil vor andern illegitimen Kindern, sondern waren diesen gleichgestellt.

So können wir uns ungefähr die Verhältnisse in der ältern Zeit Roms zusammenstellen und uns einen Begriff der römischen Auffassung machen. Der Staat bekümmerte sich in dieser Zeit wenig um diese Verhältnisse. Besonders auf dem Gebiet des Strafrechtes war sozusagen nichts vorhanden; denn der Staat hat sich immer mehr mit der zivilrechtlichen Ordnung der Ehe und ihren Nebenerscheinungen abgegeben, und die Zivität der Kinder, sowie das Intestaterbrecht spielten schon damals, wie auch später, die grössere Rolle als die strafrechtliche Behandlung. Es bestand dagegen eine strenge Familienstrafgewalt als Ausfluss der patria potestas gegen die Vergehen der Familienglieder, welche sich bis zum Tötungsrecht des Vaters an seiner Tochter steigerte, wenn er sie beispielsweise beim Ehebruch ertappt hatte[4]. Von dem aufgezeichneten Gewohnheitsrecht ist nur die lex Numae, die uns hier

[2] Verschiedene Schreibarten: Pälikat auch Pelikat.
[3] Vgl. Dig. 15. 16.144.
[4] M. Voigt: Leges Regiae, S. 572 ff.

interessieren kann. Diese war eines der alten priesterlichen Gewohnheitsrechte, welche durch die Hüter des Kalenders aufgezeichnet und nach der Vertreibung des Tarquinius Superbus als königliche Erlasse den sieben Königen nach freiem Ermessen zugeschrieben worden waren. Der Pontifex Maximus Papirius hat alle diese leges regiae zusammengefasst und sie dem Volk veröffentlicht, wodurch sie als positive Gesetzesvorschrift ihre frühere bloss religiöse Bedeutung verloren. Nach dieser lex Numae[5] durfte keine Pellex den Altar der Juno, der Eheschutzgöttin, berühren: Pellex aram Junonis ne tangito. Der Altar stand nur der Materfamilias im strengsten Sinne und jeder honesta femina offen, die nie gegen die Regeln der Anständigkeit verstossen hatte. Allen andern war die Berührung des Altars untersagt. Das Gesetz regelt weiter das Verhalten, wenn der Altar trotzdem berührt worden wäre und sagt: Si tangit Junoni crinibus demissis agnum feminam caedito. Dieses Opfer musste die Pellex mit dem Zeichen der Scham[6] (crinibus demissis) der Juno weihen. Dasselbe Verbot wurde ins Jus Papirianum aufgenommen und als Strafe blieb auch das Opfer als Nachteil für die eventuelle Übertretung.

Dies war die älteste Zeit Roms, während welcher der Konkubinatsbegriff grundsätzlich für das Strafrecht unerheblich war.

2. Die Republik.

Mit dem Lauf der Zeit veränderten sich die Verhältnisse in Rom, und auch diese alten engen Eheverordnungen reichten nicht mehr aus, die immer wachsende Bevölkerung zu befriedigen. Die verschiedensten Klassen konnten sich nicht mehr an das alte Recht halten, und so musste eine Erweiterung geschaffen und die strengen Bedingungen zu einem iustum matrimonium gebrochen und teilweise beseitigt werden. Neben der alten confarreatio und der spätern Form der coemptio kam eine dritte Form auf, um ein iustum matrimonium zu begründen, und dies war die Ususehe. Daneben wurde das ius conubii ausgedehnt, indem Verbindungen zwischen cives und peregrini als Ehen angesehen wurden, wenn die affectio maritalis bewiesen war. Als weiter anerkanntes eheliches Verhältnis trat das matrimonium ex iure gentium auf. Dies alles bedeutete eine Verminderung des Pellikates, indem viele darunter fallende Verbindungen vom Gesetz als Ehen anerkannt wurden und deshalb aus der Gruppe der illegitimen Verhältnisse ausschieden.

---

[5] Siehe Anmerkung 4.
[6] Vgl. Rossbach, S. 288 ff.

Den Anfang dieser Entwicklung finden wir im XII-Tafelgesetz, also verhältnismässig früh. Demnach wurde eine Ehe als rechtsgültig betrachtet, wenn sie während eines Jahres ununterbrochen fortgedauert hatte. Die Ehe konnte durch sogenannten usus begründet werden. Servius[7] nennt dies: anno uno cum viro licet sine legibus fuisse. Erst mit der usucapio wurde die vorderhand illegitime Verbindung zum iustum matrimonium, aber schon während des Jahres war das Verhältnis zwischen beiden „Verlobten" ein eheliches und vom Staat geduldetes. Es erhebt sich nun die Frage, ob dieses Verhältnis während des Usucapionsjahres kein Konkubinat gewesen sei. Den Begriff des Konkubinates kannte man zu dieser Zeit noch nicht, und die Verbindung wäre demnach als Pellikat zu bezeichnen. Nun aber war dieses im Gegensatz zum Usucapionsjahr ein nicht anerkanntes Verhältnis und die Verbindung während dieser Zeit durfte demnach nicht als Pellikat bezeichnet werden. Vielmehr wurde dies jeweilen nach den Umständen beurteilt, und beim Zusammenleben von makellosen Menschen — besonders wurde auf einen ungescholtenen Lebenswandel der Frau geachtet — wurde die wahre Absicht zur Ehe praesumiert. Servius nennt dieses Jahr demnach auch: apud virum matrimonii causa esse coepisse.

Eine weitere Ausdehnung der Ehevorschriften brachte die Unterwerfung vieler Nachbarvölker mit sich. Damit wurde der werdende Verkehr der Römer mit andern Völkerschaften immer reger und führte zur Anerkennung eines matrimonium iure gentium, wodurch wieder eine stattliche Anzahl illegitimer Verbindungen anerkannt wurde, und somit eine weitere Verminderung des Pellikates stattfand.

Im Gegensatz zu den eben angeführten Gründen, die eine Verminderung der illegitimen Verhältnisse verursachten, steht die Vernachlässigung der guten Sitten, was mit dem früher Gesagten in engem Zusammenhange steht. Mit der Erleichterung zur Erlangung des iustum matrimonium liess auch die peinliche Sittenstrenge des alten Römers nach, und damit nahmen die ausserehelichen Verhältnisse immer mehr zu. Man begann die Art und Weise der orientalisch-griechischen Wollust nachzuahmen und der gesunden römischen Lebensweise vorzuziehen, und die Verbreitung des Sklaven- und Freigelassenenwesens förderten ebenfalls Verdorbenheit und ungesunde Gewohnheiten.

Mit all diesen Veränderungen hat auch die Bedeutung der Pellex sich geändert, und es gilt nicht mehr die ursprüngliche De-

[7] Karlowa: Formen der römischen Ehe, S. 70 ff.

finition, sondern in den letzten Zeiten der Republik versteht man unter Pellex eine Frau, die mit einem Verheirateten im Verkehr stand, also nicht mehr an Stelle der Ehefrau war, sondern vielmehr im Gegensatz zur Ehefrau stand. Wir finden bei Ovid eine Stelle, die uns das deutlich zeigt: Tunc eris et matris paelex et adultera patris[8]. Ferner eine Stelle des Paulus: Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit, pellicem nunc vulgo vocari quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat, quondam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit[9]. Zuletzt noch eine Stelle des Paulus Diaconus: Antiqui proprie eam pellicem nominabant, quae uxorem habenti nubebat[10]. Im Gegensatz zu früher ist also eine Eheabsicht ausgeschlossen und es genügte um ein Verhältnis als Pellikat zu bezeichnen, dass es von längerer Dauer war. Am Ende dieser Periode der römischen Geschichte trifft man auch schon den Ausdruck Konkubinat an, Name, den erst Augustus als terminus technicus angenommen hat. Zum erstenmal hat Plautus in einer seiner Komödien das Wort gebraucht, indem er eine Frau als Concubina bezeichnet[11]. Und Cicero gebraucht den Ausdruck Konkubinat, indem er ein Verhältnis so benennt, welches zwischen einem Mann und einer Ehefau bestand, während die alte Ehe nach seiner Meinung weiterbestehe[12].

So stand es in Rom bei Ausgang der Republik und es war an der Zeit, dass eine kräftige Hand diesen Sitten und Gewohnheiten einen Riegel stosse durch eine Anzahl brauchbarer Gesetze.

§ 3. Von der Kaiserzeit bis zum Jahre 476.

1. Von Augustus bis Konstantin.

Kaiser Augustus war es, der sich daran machte, den Staat in das eheliche Leben eingreifen zu lassen und diese Aufgabe nicht bloss den verschieden strengen Familiensitten zu überlassen. Seine Absicht war es, die bis dahin nicht reglierten unehelichen Verbindungen in eine Form zu bringen und sie in einem klaren Verhältnis zur vom Gesetz anerkannten Ehe zu ordnen. Zu diesem Zweck erliess er auf heftiges Drängen des Senates hin die leges de adulteriis et de maritandis ordinibus und die lex Papia Poppaea[13].

---

[8] Ovid: Metamorpha X, 347.
[9] Vgl. Anmerkung 3.
[10] Gellius: Noct. Att. IV., 3.
[11] Plautus: Mil. Glor., 2. 6. 66 ff.
[12] Cicero: de oratore I, 40, 183.
[13] P. Jörs: Die Ehegesetze des Augustus, S. 3 ff.

Neben die vielen Bestimmungen, welche die rechtsgültige Ehe betrafen, wie Ehefähigkeit, Belohnungen für Kindersegen, Strafen für orbi und coelibes, Altersgrenzen etc., auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll, hat sich Augustus auch mit den illegitimen Verbindungen befasst. Also erst zu dieser Zeit finden wir die Ansicht vertreten, dass der Staat nicht nur das Recht habe, sich mit wenigen privatrechtlichen Normen an diesen Verhältnissen zu interessieren, sondern es vielmehr auch seine Pflicht sei, sich von einer öffentlich-strafrechtlichen Seite her einzumischen. Solange eine strenge Familienrechtsprechung stattfand, war ja keinerlei Bedürfnis nach staatlicher Einmischung vorhanden, war doch ein sittenstrenger paterfamilias der beste Hüter der guten Sitten. Als nun aber in den letzten Zeiten die Laster nach orientalischem Muster immer mehr zugenommen hatten, wurde diese öffentliche Einmischung sehr begrüsst.

Der Staat jedoch bekümmerte sich nicht um die verschiedenen Arten der ausserehelichen Verbindungen und überliess einen Teil den fortbestehenden Familientraditionen zur Erledigung. Und so können wir zur Zeit des Augustus die ausserehelichen Verbindungen in zwei Gruppen, je nach ihrer Behandlung, einteilen[14].

a) Allgemeine durch das Strafrecht verbotene und mit Strafen belegte Handlungen, wie stuprum mit Freien, Freigelassenen, Anständigen, Unverheirateten und Verwittweten und adulterium an Verheirateten. Diese beiden Ausdrücke werden aber nach Modestinus[15] im Julischen Gesetz oft ohne Unterschied gebraucht. Keine Anwendung hatte diese Stelle in bezug auf Sklaven[16]. An Konkubinen beging man ebenso kein stuprum[17].

b) Alle andern vom Strafrecht beiseite gelassenen übrigen ausserehelichen Verbindungen, die das Gesetz entweder als tatsächlich bestehend anerkannte, oder aber überhaupt nicht beachtete. Darunter fallen Turpitudo, Pellikat, Konkubinat etc.

Hier treffen wir den Konkubinat in seiner wahren Bedeutung, wie er ins Leben gerufen wurde, und trotzdem er mit dem Strafrecht eigentlich nicht in direktem Zusammenhang stand, ist es dennoch nötig, dass wir uns der spätern Entwicklung wegen damit etwas eingehender beschäftigen.

In den letzten Zeiten wurde das iustum matrimonium stets erweitert und dadurch die Zahl der illegitimen Verbindungen ein-

---

[14] P. Gide: S. 385 ff.
[15] D. 50, 16, 101, pr.
[16] D. 48, 5, 6, 1.
[17] D. 48, 5, 34.

geschränkt, aber nach Erlass der Ehegesetze des Augustus wurde die Ehe mit einer ganzen Reihe Personen von neuem untersagt. Als vollgültige römische Ehe galt nur das iustum matrimonium iuris civilis, welches die eheliche Verbindung war zwischen cives Romani und weiblichen Personen, mit denen sie das ius conubi besassen. Daneben bestand das matrimonium ex iure gentium für die Peregrinen. Die Veränderungen, die Augustus vornahm, bedeuteten wiederum die Verminderung der zu einem iustum matrimonium befähigten Personen. So verbot er den Ingenui eine Ehe mit Schauspielerinnen, schändlichen Weibern, die des Ehebruchs beschuldigt oder sonst des unzüchtigen Lebenswandels verdächtigt, oder in Prozessführungen verwickelt waren. Den Senatoren und deren Nachkommen wurde die Eingehung einer Ehe mit libertinis oder aber sonst weiblichen Personen, deren Eltern famosi waren, untersagt. Darüber können wir die verschiedensten Stellen nachlesen[18].

So wurde eine ganze Anzahl Verbindungen, die als iustum matrimonium gegolten hatten, wiederum zurückversetzt zu den illegitimen, und es musste ein Ersatz getroffen werden für die Männer, die in gutem Glauben eine Ehe eingehen wollten, sowie für die Frauen, die nun auf einmal von einer solchen ausgeschlossen wurden. Dazu kam die Gründung einer stehenden Armee. Den meisten Diensttuenden war die Eingehung eines iustum matrimonium während der Dienstzeit untersagt, um nicht durch die langen Feldzüge unglückliche Ehen zu schaffen. Jene Soldaten aber wünschten trotzdem einen Verkehr mit Frauen zu haben. Dafür musste ein Ausweg gefunden werden, wenn die Gesetze des Augustus in der Praxis Anwendung finden sollten. Als notwendige Ergänzung zu seinen Ehegesetzen schuf deshalb der Kaiser den Konkubinat. Eine bestimmte Definition ist dafür aus dem römischen Recht nicht mehr vorhanden, und ich will versuchen eine für das römische Recht möglichst vollständige, alle Punkte enthaltende Begriffsbestimmung aufzustellen: Der Konkubinat ist eine straflose illegitime Geschlechtsverbindung zwischen Mann und Frau, von längerer Dauer und monogamischem Charakter, der eine mangelnde Ehe ersetzen soll, und der sich von allen andern ausserehelichen Verhältnissen unterscheidet durch seinen gesetzlichen Namen und dadurch, dass die im Konkubinat befindlichen Personen nicht der Verachtung der Mitmenschen anheimfallen. Nach dieser Begriffsbestimmung können wir nun den Konkubinat gegen andere ähnliche Institute abgrenzen.

---

[18] D. 34, 9, 13; 23, 2, 44, pr.; 23, 2, 44, 8; 23, 2, 43, 10; 23, 2, 43, 12; 23, 2, 40.

Es stand also diese neu ins Leben gerufene Einrichtung nicht unter der lex Julia de adulteriis; denn wer im Konkubinat lebte, verfiel nicht den Strafen, beging kein stuprum. Die zu Konkubinen befähigten Personen waren vom stuprum ausgeschlossen durch ihren Stand. Vergleiche darüber eine Stelle des Ulpian[19]: „Sentio et puto solas eas in concubinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur." So beging man kein stuprum an ancillae, ingenuae honestae, libertinae honestae, wenn sie im Konkubinat mit andern als ihrem Patron lebten. Darüber sagt Marcellus: „et si qua se in concubinatu alterius quam patroni tradidisset, matris familias honestatem non habuisse dico[20]." Sonst dagegen behielten sie den Namen feminae honestae.

Für eine längere Dauer des Verhältnisses sprach einzig aber genügend die Natur des Konkubinates, der ja als Ersatz einer Ehe galt, so dass ein bloss vorübergehendes kurzes Zusammensein dem Wesen widersprochen hätte. Dass der Konkubinat sich bei den monogamischen Verhältnissen einreihte, sehen wir bei Paulus[21]: eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest.

Der Wegfall einer Ehe für gewisse Personen war der Hauptgrund gewesen, der den Kaiser zur Gründung eines solchen Verhältnisses veranlasst hatte und daher war eine gewisse Ähnlichkeit mit der gesetzlichen Ehe vorhanden. Der Konkubinat hatte einen gesetzlich anerkannten Namen, wodurch ein Recht entstand, welches zwei Personen verschiedenen Geschlechts gestattete zusammen zu leben wie in der Ehe, ohne die berechtigte Verachtung einer Drittperson zu erwecken. Die Konkubine wurde anstatt einer Ehefrau ausgewählt (uxoris loco), und somit bezogen sich gewisse Bedingungen der Ehe auch auf dieses illegitime Verhältnis. So musste jede Konkubine, gleich jeder Ehefrau, ein Mindestalter von 12 Jahren aufweisen. Ulpian sagt darüber[22]: cuiuscumque aetatis concubinam haberi posse palam est, nisi minor annis duodecim sit. Auch zu nahe Verwandtschaft bildete ein Hindernis für diese Verbindung, wie für die Ehe. Wiederum eine Stelle des Ulpian[23]: Etiam si concubinam quis habuerit sororis filiam, licet libertinam, incestum committitur. Ferner war der Konkubinat untersagt zwischen Tutor und Mündel[24]. So war also der Konkubinat nicht

[19] D. 25, 7, 1.
[20] D. 23, 2, 41, 1.
[21] Paul., 2, 20, 1.
[22] Ulpian, D. 25, 7, 1,4.
[23] Ulpian, D. 23, 2, 56.
[24] Danz: S. 151 ff.

nur ethisch, sondern auch praktisch der Ehe ähnlich, aber trotzdem gewisse Gesetzesbestimmungen analog angewandt wurden, so bestand doch ein grosser Unterschied, der die zwei Verbindungen als ganz verschieden erscheinen liess. Und diese Spaltung war von grosser Bedeutung, da ohne sie die Erweiterung des Konkubinatbegriffes die Ehe ganz beseitigt hätte, und Augustus hatte durch seine Gesetzgebung ja letztere schützen wollen. Privatrechtlich hatte die Konkubine schon ohnehin einen Vorteil vor den andern stupro cognitae, indem die strengen Massnahmen und Bestimmungen gegen jene fortfielen. Was die Ehe vor dem Konkubinat auszeichnete, war die enge Verbindung zwischen Mann und Frau, die dagegen im Konkubinat gänzlich fehlte und die ihn als ausserehelliche Verbindung kennzeichnete. Die Ehe blieb das vollkommenste Verhältnis mit ihren privatrechtlichen Normen, die der mehr oberflächliche Konkubinat nicht kannte, wie Dosbestellung, Gattenerbrecht, erschwerte Scheidung etc. Am deutlichsten kam es zum Ausdruck, dass die enge Verkittung der beiden Personen beim Konkubinat fehlte durch die Auffassung, dass die zwei geschlechtlich Verkehrenden einander gegenüber frei waren, und daher ihre Trennung allein von ihrem Willen abhängig gemacht und keinerlei Form dafür verlangt wurde. Wenn man von einander genug hatte, so trennte man sich eben und dann war der Fall erledigt; Kinder galten als ausserehelliche und waren allen übrigen Kindern dieses Standes im Range gleichgestellt. Diese Bestimmungen über die Kinderfrage und die leichte Trennungsmöglichkeit sind ethisch stossend, mussten jedoch aus Rücksicht auf Aufrechterhaltung der Ehe beibehalten werden. Eine einzige Ausnahme in bezug auf die leichte Auflösung des Verhältnisses finden wir beim Konkubinat zwischen dem Patron und seiner Freigelassenen[25]. Die liberta propria war, wie schon erwähnt worden ist, in einem der Ehefrau gleichgestellten ehrenvollen Range und so sollte sie ebenso nach einmal abgegebener Zustimmung mit ihrem Patron zusammenleben zu wollen, die enge Verbindung nicht ohne weiteres lösen können. Es war dazu eine ausdrückliche Willenserklärung nötig von seiten des Patrons, um eine Scheidung rechtsgültig zu erlangen. Vergleiche eine Stelle des Ulpian[26]: Quae in concubinatu est, ab invito patrone poterit discedere et alteri se aut in matrimonium aut in concubinatum dare?[27] Ego quidem probo in concubina adimendum ei conubium, si patronum invitum

[25] Gide: S. 398 ff.
[26] D. 25, 7, 1, pr.
[27] Dieser Satz ist nach Glück in eine Frage zu verwandeln.

deserat, quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere. Diese Bestimmung hatte eine ausserordentliche Tragweite, wenn man bedenkt, dass die Freigelassene selbst bei Geisteskrankheit ihres Patrons nicht befreit wurde. Vergleiche eine Stelle des Paulus[28]: Si patronus libertam concubinam habens furere coeperit, in concubinatu eam esse humanius dicitur.

Dies war die Abgrenzung gegen die Ehe, die dadurch zur weitaus vollkommensten Verbindung zwischen Mann und Frau gestempelt wurde und im Gegensatz zum Konkubinat die sogenannte affectio maritalis aufwies, während letzterer ein blosses geschlechtliches Zusammenleben ohne innern Zusammenhang war, und mit der Ehe wohl das Faktische nicht aber das Rechtliche gemein hatte.

Wie schon früher bemerkt wurde, schuf Augustus den Konkubinat als notwendige Ergänzung zu seinen Ehegesetzen, und zwar geschah dies ohne irgendeine Beziehung und ganz unabhängig von den Verhältnissen der Zeit der Republik; alles war eine Anpassung an die modernen neuen Einrichtungen. Das Verhältnis des Patrons zu seiner Freigelassenen hatte wohl Augustus bei Beginn im Auge, was somit als Ausgangspunkt bezeichnet werden könnte. Daraus entwickelte sich das später stark verbreitete Institut, sei es noch zur Zeit seines Gründers, oder auch später, und es bildete sich ein spezieller Konkubinat für die dem Senatorenstande angehörenden Personen mit ihren Freigelassenen und iis quae obscuro loco natae sunt[29]. Ferner für die übrigen ingenui, bei Beginn bloss cum ancillis propriis[30], und schliesslich auch mit feminis honestis von freier Abstammung, allerdings unter der Bedingung einer öffentlichen Zeugnisablegung, dass man dieselbe zur Konkubine nehme, wodurch die Begehung eines stuprums ausgeschlossen wurde[31].

Als eine weitere Gründung des Augustus müssen wir hier noch auf den sogenannten Militärkonkubinat eingehen, den der Kaiser als Parallelinstitut ins Leben rief bei der Gründung des stehenden Heeres. Es war, wie schon gesagt, während der Dienstzeit den römischen Soldaten verboten, ein iustum matrimonium zu schliessen, und Augustus hat auch hier eine gewisse Lücke darin erblickt, die er auszufüllen gedachte. Die Ausbildung dieses Institutes wurde aber hauptsächlich erst später vorgenommen zur

---

[28] D. 25, 7, 2.
[29] D. 25, 7, 3, pr. Ulpian.
[30] Paulus: 42, 5, 38, pr.; Ulpian: 20, 1, 8; Cod. Just.: 7, 15, 3.
[31] Modest.: D. 48, 5, 34; Ulpian: D. 25, 7, 3, pr.

Zeit des Kaisers Severus. Ausser den Militärpersonen vom Ritter- und Senatorenstand sollte niemand während seiner Dienstzeit eine Ehe eingehen. Der Eintritt in die Armee war für die uxor einer vorher eingegangenen Ehe ein Scheidungsgrund, was für den Staat eine unheilvolle Bestimmung war, bei der Gründung einer grossen Armee. Als Ersatz für eine mangelnde Ehefähigkeit wurde den Soldaten ein dauernder Konkubinat gestattet mit Frauenspersonen, mit welchen sie ausser Dienst ein iustum matrimonium hätten eingehen können. Der Unterschied zwischen diesem Militärkonkubinat und demjenigen der Zivilpersonen bestand bloss darin, dass die Gestattung ein ausserehelliches Verhältnis zu unterhalten ein Ersatz für die Soldaten war, also für den männlichen Teil, während das Institut für Zivilpersonen als Ersatz für die Frauen galt. Unter Severus wurden alle Subalternoffiziere, wie Centuriones und Decuriones davon ausgeschlossen, indem ihnen wie den Offizieren höhern Standes erlaubt wurde, Ehen während des Dienstes zu begründen. Er gewährte ferner den Soldaten der II. Legio Parthica ein Privileg, dass die von den Legionären eingegangenen Ehen vor der Dienstzeit durch den Eintritt in das Heer nicht aufgelöst werden sollten[32]. Ungefähr auch in dieser Zeit wurde eine Erweiterung getroffen, die es den Soldaten gestattete, eine früher geschlossene Ehe in ein Konkubinat umzuwandeln, und umgekehrt konnte der Konkubinat nach der Entlassung aus dem Heere wieder Ehe werden, was er vor dem Dienste gewesen war, sogar konnte ein im Dienst gegründetes Verhältnis nachher als Ehe gelten, wenn die beteiligten Personen dazu geeignet waren. Jedoch waren alle während der Dienstzeit im Konkubinat geborenen Kinder unehelich und blieben es auch nach der eventuellen Umwandlung. Für die peregrinen Soldaten galt die Ehebeschränkung nicht, da sich diese bloss auf das iustum matrimonium bezog. Der Kaiser Severus erlaubte ihnen sogar mit ihrer Ehefrau zusammenzuwohnen. Später als der Unterschied zwischen matrimonium iuris civilis und iuris gentium zu schwinden begann, wurde der Konkubinat auch für die peregrinen Soldaten von Bedeutung, die dann den römischen Bürgersoldaten fast gleichgestellt waren. Dies waren die Bestimmungen der Militärverfassung, die hier bloss der Vollständigkeit halber kurz erwähnt werden mussten.

Wenn wir nun einen Rückblick auf diese letzte Zeitperiode werfen und sie mit früheren vergleichen, speziell mit dem ehemaligen Pellikat, so sehen wir, dass der Konkubinat in einem Gegensatze zum Pellikat stand, indem letzteres das vom Gesetz ausser

[32] Herzog: Römische Staatsverfassung, II, S. 460 ff.

acht gelassene geschlechtliche Verhältnis einer Frau und einem verheirateten Manne war, das statt Strafe bloss Verachtung nach sich zog. Im Gegensatz wurde der Konkubinat immer mehr in der Volksauffassung von den ausserehelichen Verbindungen losgelöst. Noch unter Tiberius wurde die Konkubine, oder amica, hospita, ja sogar uxor mit der pellex verglichen: Pellicem apud antiquos eam habitam ..... quam nunc vero nomine amicam paulo honestiore concubinam appellari[33]. Später wurde kein Vergleich mehr gezogen zwischen einem wirklich unehrenhaften Verhältnis zweier Personen und einem Institut, das in allen Klassen des Volkes in Anwendung stand, das sozusagen vom Kaiser empfohlen wurde, wenn das Staatsoberhaupt nicht selbst mit dem guten Beispiel voranging und die Stelle der Gattin einer Konkubine zuwies, wie es z. B. Vespasian, Antoninus Pius und Marcus Aurelius getan hatten[34].

Nach dem zweiten Jahrhundert wurde der Kreis der bis dahin zum Konkubinat befähigten Frauen[35] noch erweitert, und zwar durch ein Eheverbot für alle römischen Beamten mit Frauen aus der Provinz, der sie zugewiesen waren. Dafür erhielten sie das Recht mit den Provinzialinnen im Konkubinat zu leben, wiederum als Ersatz für eine mangelnde Ehe. Paulus sagt darüber: concubinam ex ea provincia in qua quis aliquid administrat, habere potest[36].

Als am Ende des dritten Jahrhunderts alle Ehen des ius gentium in ein allgemeines iustum matrimonium ohne Unterschied mit dem matrimonium iuris civilis umgewandelt wurden, dehnte sich der Konkubinat ebenfalls auf diese Klasse aus, ohne Unterschied zwischen cives und Peregrinen. So bestand am Ausgang des dritten Jahrhunderts ein iustum matrimonium ohne Unterschied der verschiedenen Civität als vollkommenste Verbindung. Daneben galt der Konkubinat als gesetzlich anerkannte Dauerverbindung, der, wenn die Bedingungen zur Ehe erfüllt wurden, in eine solche umgewandelt werden konnte[37]. Weiter bestanden neben dem Konkubinat als ausserehelliche Verbindungen einmal das vom Gesetz anerkannte Kontubernium und dann alle vorübergehenden straflosen oder strafbaren Geschlechtsverbindungen, stuprum, Pellikat, adulterium, incestus etc.

---

[33] Sabinus, D. 15, 16, 144.
[34] Collectanea de vita et script. Sueton. Tranqu., S. 299 ff.
[35] Meyer: Römischer Konkubinat, S. 62.
[36] D. 25, 7, 5.
[37] D. 39, 5, 31, pr.

2. Von Konstantin bis zum Jahre 476.

Nach der klassischen Periode, in welcher der Konkubinat in allen Volksklassen verbreitet war, so dass von einer Blütezeit gesprochen werden kann, machte sich nun ein Hindernis geltend, das nach und nach diese Geschlechtsverbindung durch dauernde Bekämpfung wieder in die Kategorie der verächtlichen Verhältnisse zurückzudrängen vermochte. Es war dies die sich immer mehr verbreitende Lehre des Christentums. Je nach den verschiedenen Ansichten der folgenden Kaiser bekämpften diese die Lehren und Gesetze ihrer Vorgänger, bis es zum endgültigen Verbot kam. Diese Reaktion gegen den Konkubinat kam allerdings nicht plötzlich; man muss bedenken, dass schon zur klassischen Zeit viele Gegner auftraten, besonders die Christen, daneben aber auch ganze rechtsphilosophische Schulen. Jedoch ihre Lehren und Anstrengungen blieben vorläufig unbeachtet.

Als im Jahre 323 nach langen Thronwirren der Kaiser Konstantin alleiniger Herrscher geworden war, strebte er nach allseitiger Begünstigung der neuen Religion. Schon im Jahre 312 hatte er dem Christentum im Edikt von Nikodemien die Gleichberechtigung neben der alten Religion versprochen und so musste er auch christlich in seinen Gesetzgebungen sein. Denn nach seinen persönlichen Handlungen zu beurteilen, war Konstantin nichts weniger als christlich[38], aber aus politischen Gründen hielt er es für angezeigt, die Gunst der Christen für sich zu gewinnen. Ein weiterer Grund, warum er mit seiner ganzen Energie gegen den Konkubinat ankämpfte, war wohl ein persönlicher. Konstantin selbst war ein Konkubinatskind und hatte dabei vieles erlebt, was ihm die spätere Verachtung für seine eigene Familie ins Fleisch geprägt hatte.

Den Kampf, den Konstantin gegen den Konkubinat zu führen begann, war kein leichter, denn eine so verbreitete Sitte mit einem einfachen Verbot unter Strafe zu legen, wagte nicht einmal der Kaiser. So suchte er andere Mittel und verfiel auf die Ansicht, Strafen zu verhängen auf die Konkubinatskinder. Dass aber eine solche Ungerechtigkeit nicht zum Ziele führen würde, merkte Konstantin bald und er wandelte daher diese Strafen um in Belohnungen, die ausgesetzt wurden, für eine Umwandlung des Konkubinates in Ehe. Zugleich verminderte er alle Rechte der Konkubine und ihrer Kinder zu einem Minimum. Der Haupt-

[38] Koch: Römische Geschichte II, S. 82 ff.

punkt war, die Verbindung wieder als schändlich gelten zu lassen und sie andern ausserehelichen Verbindungen nicht vorzuziehen, was Konstantin zum Teil erreichte. Da die neben der Ehe bestehenden Verbindungen im allgemeinen als verabscheuungswürdig galten, so versuchte er diese als Konkubinat zu bezeichnen, wodurch dieser einen Teil seiner allgemeinen Beliebtheit einbüsste. Dadurch kam der Konkubine wieder die gleiche Bedeutung zu wie der Pellex. Trotz der immer wachsenden Verachtung blieb der Konkubinat aber eine erlaubte Geschlechtsverbindung, und Konstantin musste sich beschränken, ihn als neben der Ehe bestehend zu verbieten. Wir können darüber eine Stelle seiner Ansicht vergleichen[39]: Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam se habere.

Die Gesetzgebung Konstantins, die sich auf das Eherecht bezog, und die wir aus der justinianischen Kodifikation zum Teil wieder rekonstruieren können, stand im Gegenteil zu den augustinischen Gesetzen in bezug auf den Konkubinat. Gleich Augustus verbot zwar auch Konstantin den Senatoren und Inhabern von höhern Priesterstellen, ferner den Staatsbeamten eine Ehe zu schliessen mit feminae humiles. Diese Bestimmung wurde von Valentinian und Marcian später wiederholt und die als feminae abjectae bezeichneten Frauenspersonen darin abschliessend aufgezählt. Zwischen Reichen und Armen wurde unter den Freien kein Unterschied gemacht[40]. Im Gegensatz aber zu Augustus verbot Konstantin den Konkubinat mit diesen Personen, beseitigte damit diesen so verbreiteten Ersatz. Für die übrigen Ingenui war dieses Verhältnis weiterhin gestattet, aber mit andern Gesetzen suchte Konstantin die Verhinderung herbeizuführen. So wurden Schenkungen und Zuwendungen jeglicher Art an die Konkubinen und deren Kinder als ungültig erklärt, und sie konnten von den Verwandten oder an deren Stelle vom Fiscus zurückgefordert werden[41]. Für Erbschaften galten beide als incapaces. Dagegen setzte er Prämien aus für die Umwandlung dieser Verhältnisse in rechtsgültige Ehen, womit beabsichtigt war, nach und nach den Konkubinat verschwinden zu lassen, wie es für die Verbindungen ausserhalb des ius civile geschehen war. Mit der Umwandlung wurden Kinder als ehelich betrachtet und erhielten dadurch einen natürlichen Vater. Aus dieser Bestimmung sollten jedoch nicht diejenigen Vorteile ziehen, welche erst nach Erlass der Gesetze Kinder aus

[39] Cod. Just. 5, 26.
[40] Cod. Just., 5, 5, 7.
[41] Cod. Theod., 4, 6, 2.

dieser Verbindung erhalten hatten, ohne dass sie den Konkubinat in Ehe umgewandelt hätten[42]. Durch alle diese Bestimmungen suchte der Kaiser den Konkubinat einzudämmen, ihn unter die ruchlosen und als schändlich geltenden Geschlechtsverbindungen einzureihen, ohne ihn jedoch unter Strafe allgemein zu verbieten, was in einem zu scharfen Kontrast mit dem früheren Recht gestanden wäre.

Unter den nachfolgenden Kaisern veränderten sich die Bestimmungen über den Konkubinat, je nach den verschiedenen Ansichten der Herrscher und ihrer Auffassung über die neue Religion. Es waren dies jedoch willkürliche Bestimmungen, die einzig von der persönlichen Mentalität abhingen und die zu oberflächlich waren, um einer Gewohnheit genügen und entgegenzutreten zu können.

Die Kaiser Valentinian I., Valens und Gratian blieben auf der Grundlage, die durch Konstantin geschaffen worden war, aber mit Erweiterung der allzu engen Schenkungs- und Zuwendungsverbote. Sie gestatteten den Kindern ein Anrecht am Vermögen zu haben, und zwar verschieden, je nach dem Vorhandensein von legitimen Verwandten. Ohne solche Anwärter durfte bis zu einem Viertel des Vermögens den Kindern vermacht werden, im gegenteiligen Falle bloss ein Zwölftel[43], und wenn überhaupt kein Spross vorhanden war, konnte die Konkubine bis zu $^1/_{24}$ begünstigt werden. Dieser Meinung waren auch die Kaiser Arcadius und Honorius, welche diese Bestimmung bestätigten[44]. Dagegen waren die Regierungen der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. dem Konkubinat von neuem ungünstig und verneinten jegliche Zuwendungsbefugnis, sowohl an die Kinder als auch an die Konkubine[45]. Die spätern Kaiser waren im allgemeinen in bezug auf die Zuwendungen bedeutend nachgiebiger, gaben sich dagegen auch viel weniger damit ab und interessierten sich wieder mehr um die Frage der Legitimation. Leo und Anthemius bestimmten, dass per oblationem curiae eine unbestimmte Zahl Söhne legitimiert werden könne, allerdings unter zwei Bedingungen: es durften keine legitimen Nachkommen vorhanden sein, und die Söhne mussten einverstanden sein, decuriones zu werden, damit sie ihr Recht auf Zuwendungen erhielten, und sozusagen aus Staatsinteressen den legitimen gleichkamen[46]. Eine weitere Bestimmung dieser Zeit erklärte, dass die Kinder freier Konkubinen

---

[42] Cod. Just., 5, 27, 5.
[43] Cod. Theod., 4, 6, 4.
[44] Cod. Just., 5, 27, 2.
[45] Cod. Just., 5, 27, 8, pr.
[46] Cod. Just., 5, 27, 4.

wohl in die potestas ihres Erzeugers kamen, nicht aber traten sie in die Familie des Vaters ein, was eine unglückliche Zwischenstellung bedeutete[47].

So war mit dem Untergang des weströmischen Reiches der Konkubinat zu einem sich stets verändernden Gebilde geworden, das von seiner zur Zeit der klassischen Periode des römischen Rechtes mächtig verbreiteten Stellung hinabgesunken und bis zur verachtungsvollen Stufe der übrigen ausserehelichen Verbindungen gekommen war. Die neue Lehre des Christentums hatte sich, wie alle neu aufkommenden Richtungen, sofort extrem gegen die alten Einrichtungen gerichtet. Diese fortwährenden Änderungen in bezug auf die Stellungsnahme des Kaisers gegenüber dem Konkubinat sollte noch ein halbes Jahrhundert lang fortdauern.

§ 4. Vom Untergang des weströmischen Reiches an.

1. Vorjustinianische Zeit.

Im oströmischen Reiche setzte sich dieser immerwährende Wechsel fort, und die Kaiser bekümmerten sich wenig um die Bestimmungen ihrer Vorgänger. Der Kaiser Zeno stellte sich wieder auf den Standpunkt Konstantins und forderte die Erfüllung schwerer Bedingungen für eine Legitimation der Kinder durch Umwandlung des Konkubinates in Ehe. Sein Nachfolger Anastasius dagegen liebte den Konkubinat über alles und er wollte ihn soviel wie möglich privilegieren. Ohne eine bestimmte Kategorie von Fällen herauszugreifen, ging er so weit, die Legitimation jedes Konkubinatskindes zuzulassen, sobald es nicht in Konkurrenz mit legitimen Nachkommen stand. Dies war seine einzige Bedingung, dass legitime Kinder nicht darunter zu leiden hätten, wenn Konkubinatskinder in rechtmässige väterliche Gewalt kämen und dann als Intestaterben eingesetzt würden[48]. Auch nach Erlass dieser Gesetze zur Welt gekommene Kinder kamen in diese privilegierte Stellung und es sollte kein Unterschied sein zwischen den vor der Verehelichung geborenen Konkubinatskindern und den später geborenen ehelichen Nachkommen. Zur Umwandlung der Verbindung in Ehe war bloss das ius conubii der Parteien verlangt[49]. Durch diese Bestimmungen erreichte Anastasius wieder das Gegenteil seiner Vorgänger, die durch die betreffenden Ver-

[47] Cod. Just., 5, 27, 9.
[48] Cod. Just., 5, 27, 6.
[49] Cod. Just., 5, 27, 10.

bote den Konkubinat zu verdrängen versucht hatten. Er ging noch weiter, indem er die von Konstantin verbotene Adrogation sämtlicher Konkubinatskinder von neuem gestattete[50]. Nach diesem dem Konkubinat äusserst gut gesinnten Kaiser folgte schon nach zwei Jahren der Kaiser Justinus, der sämtliche von Anastasius getroffenen Bestimmungen wieder abschaffte und für seine Zeit wieder den Masstab Konstantins ansetzte. Er begnügte sich auch nicht damit, sondern versetzte die nach den Gesetzen seiner Vorgänger legitimierten Konkubinatskinder wieder in ihren früheren Stand zurück. Er sah einzig die Ehe als rechtmässige Verbindung an und wollte alles so haben, wie wenn das Konstitut des Anastasius gar nicht erlassen worden wäre[51]. Dieser konstante Wechsel der den Konkubinat betreffenden Gesetze, die von einem Herrscher zugunsten, von seinem Nachfolger sofort in gegenteiligem Sinne erlassen worden waren, hatten eine ganze Anzahl unglücklicher Verhältnisse geschaffen, die auf eine einheitliche Regelung ihrer Angelegenheiten warteten.

2. Die Zeit Justinians.

In dieser Zeit der schwankenden Ansichten über die Beurteilung des Konkubinates kam nun der mächtige Kaiser und Gesetzgeber Justinian auf den Thron, der sich auch eingehend mit der Ordnung dieses Verhältnisses beschäftigte. Er war jedoch gegenteiliger Ansicht als seine Vorgänger, die bei den Bestimmungen Konstantins zum grössten Teil verblieben waren, und regelte die familien- und erbrechtlichen Beziehungen zwischen der Konkubine, ihrem Lebensgefährten und den liberi naturales in freier unabhängiger Form, sich selten an die Gesetze früherer Kaiser anlehnend. Seine Absicht war es, eine stark verbreitete Gewohnheit eines Volkes nicht schlechtweg aus der Welt zu schaffen, sondern diese möglichst christlich in bezug auf die Kinder zu ordnen, um dadurch das Zustandekommen unglücklicher Existenzen zu verhindern. Wir können hier nicht länger auf die zivilrechtlichen Gesetzesbestimmungen eingehen, müssen sie aber der Vollständigkeit halber kurz erwähnen. Für die Zuwendungen des Vaters an seine Kinder und die Konkubine war Justinian sehr weitgehend und gestattete solche bis zur Hälfte des Vermögens. Im Gegenteil war er sehr streng gegenüber Kindern aus andern, schändlichen Verbindungen, denen er gar nichts gönnte[52]. In bezug

[50] Cod. Just., 5, 27, 6, 1.
[51] Cod. Just., 5, 27, 7.
[52] Cod. Just., 5, 27, 8.

auf die Umwandlung des Konkubinates in Ehe und die Legitimation der Kinder hat Justinian ebenfalls reichhaltige Bestimmungen erlassen. Er erweiterte den Kreis der zur Ehe qualifizierten Konkubinatsverhältnisse. Dazu beseitigte er alle bleibenden sozialen Hindernisse der verschiedenen Stände zur Eingehung der Ehe, so dass Ehe und Konkubinat in dieser Beziehung nebeneinander bestanden[53]. Für die Legitimation der Kinder sah der Kaiser in Vervollständigung der ursprünglichen Verhältnisse drei Formen vor: die per curiae oblationem blieb, trotzdem der Staat daran das Hauptinteresse hatte, nicht der Hauptfall der Legitimation. Dies war vielmehr die legitimatio per subsequens matrimonium, durch die liberi naturales in ehelichen Stand versetzt wurden. Waren keine legitimen Descendenten vorhanden, so konnten alle Konkubinatskinder, ja sogar solche, die als Sklaven geboren waren, legitimiert werden. Denn, wenn beim Tod des Herrn die Sklavin und deren Kinder mit Stillschweigen übergangen worden waren, durften weder die Mutter noch die Kinder in die Sklaverei geführt werden, sondern beide sollten frei sein[54]. Zwischen Kindern, die vor Errichtung der Ehe oder erst später geboren waren, sollte für den Erwerb des ehelichen Vermögens kein Unterschied bestehen[55]. War aber z. B. die Konkubine gestorben, oder war sie unehrenhaft, oder bestand sonst irgendein Grund, der die Eheschliessung verhinderte, so konnten die Kinder durch eine eigenhändig geschriebene Urkunde des Vaters mit drei Zeugenunterschriften legitimiert werden[56]. Ferner auch durch ein Gesuch an den Kaiser, der die legitimatio per rescriptum principis gab, wenn keine legitimen Nachkommen vorhanden waren[57]. Auch durch Einsetzung in die Erbfolge kamen die Kinder in die höhere Stellung. Selbst die Konkubine konnte unter Justinian als Erbin eingesetzt werden, sogar ohne Vorhandensein von Kindern. Dann hatte sie Anrecht auf einen Kindeserbteil, bis zu einem Sechstel des Vermögens. Waren mehrere Frauen die Konkubinen desselben Mannes gewesen, so sollte er verachtet sein und die Testierfähigkeit verlieren[58]. Alle diese Konstitutionen und noch viele andere das Zivilrecht betreffende hatte Justinian bis in alle Einzelheiten ausgearbeitet und war dadurch einer der weitgehendsten Gesetzgeber im Vergleich zu seinen Vorgängern. Er verlangte jedoch einerseits die Mono-

[53] Cod. Just., 5, 4, 29.
[54] Cod. Just., 7, 15, 3.
[55] Cod. Just., 5, 27, 10.
[56] Cod. Just., 5, 27, 11.
[57] Nov. 74.
[58] Nov. 89, 12, 4 und 5.

gamie und anderseits den Konkubinat als Dauerverhältnis, indem er die in gegenteiligem Sinne lebenden Frauen von seinen Begünstigungen ausschloss[59], ebenso die Kinder aus verbotenen Verbindungen, die er deren unwürdig nannte[60].

Nach einer dem Konkubinat unfreundlich gesinnten Zeitperiode hatte Justinian wieder die Auffassung der klassischen Juristen angenommen, mit dem grossen Unterschied, dass er die Konkubinatskinder von den übrigen ausserehelichen abgrenzte und sie in eine viel geachtetere und zivilrechtlich besser gestellte Lage brachte.

3. Nachjustinianische Zeit.

Trotzdem der Kaiser eine dem Konkubinat so günstige Gesetzgebung erlassen hatte, stand die Kirche dieser Verbindung feindlich gegenüber und erblickte in ihm ein sittenloses, unchristliches Verhalten, das aus der Welt zu schaffen sei. Bis zum Ende des 8. Jahrhunderts aber standen die weltlichen Gesetze noch unter dem Einfluss Justinians und hielten den Konkubinat hoch. Sie schützten die Konkubine vor launenhaften Behandlungen durch ihren Gefährten, indem sie beispielsweise grundloses Fortschicken nicht gestatteten. Als aber die Kirche immer mächtiger wurde und auf die schwachen Kaiser einen stets grösseren Einfluss gewann, kam es im 9. Jahrhundert zum endgültigen Verbot des Konkubinates durch den Kaiser Basilius, den Macedonier. Da die Ehehindernisse beseitigt worden waren, so wurde vom Kaiser jedes zur Zeit des Verbotes bestehende Konkubinatsverhältnis als Ehe proklamiert und neue Gründungen solcher Verbindungen wurden als stuprum unter Strafe gestellt. Als Strafen für diese Art Vergehen waren für die schwereren verstümmelnde Körperstrafen, wie Naseabschneiden und dergleichen vorgesehen, während für die leichtern, so auch für den Konkubinat, körperliche Züchtigung angewandt wurde[61]. Diese barbarischen Strafen waren wohl auch eine Folge des Christentums, wie unglaublich dies auch klingen mag. Nachdem nämlich Justinian die Strafen zum grössten Teil auf Vermögensstrafen festgesetzt hatte, fanden seine Nachfolger es unchristlich, dass der Arme mehr zu leiden habe, als der Reiche, und um der Gerechtigkeit willen wurden diese Vermögenseinbussen wieder in die primitiven Körperstrafen umgewandelt. Der Nachfolger des Basilius, Leo der Weise, bekräftigte diese An-

[59] Nov. 18, 5.
[60] Nov. 89, 15.
[61] Zach. von Lingenthal: Griechisch-römisches Recht, S. 330 ff.

sicht und erklärte, dass es zwischen der Ehe und der Ehelosigkeit kein erlaubtes Mittelding gebe[62]. Er nannte dieses Gebahren nicht mehr Konkubinat, sondern bezeichnete es als Hurerei eines unverheirateten Mannes und einer ledigen Weibsperson[63]. Die Bestimmungen Justinians, die Konkubinatskinder betreffend, wurden jedoch nicht entsprechend abgeschafft, sondern vielmehr zum grössten Teil auf alle unehelichen Kinder ausgedehnt, so dass die ursprüngliche Absicht Justinians, die Konkubinatskinder vor andern unehelichen Kindern zu privilegieren, auch vernichtet wurde, indem alle nicht aus einer rechtmässigen Ehe stammenden Kinder auf der gleichen Basis standen.

So endete die Entwicklung des Konkubinates durch ein kategorisches Verbot, nachdem er Jahrhunderte lang in allen Volksklassen eine beliebte Einrichtung gewesen war und seit dem Einfluss des Christentums einer fortwährenden Umgestaltung unterstellt gewesen war.

§ 5. Rückblick auf den römischen Konkubinat.

Im römischen Recht war der Konkubinat steten Veränderungen unterworfen, die bedingt wurden durch die verschiedenen Sitten des Volkes und durch die ungleichen Ansichten der Herrscher. Zur Zeit der strengen Sitten und der engen Möglichkeiten ein iustum matrimonium einzugehen, wurden alle ausserehelichen Verbindungen als Pellikat in ein und derselben Kategorie behandelt. Langsam erweiterten sich die engen Begriffe infolge der Entwicklung Roms und durch den Verkehr mit andern Völkerschaften. Dann kam Augustus mit seiner Ehegesetzgebung, zu der er als ergänzendes Ersatzinstitut den Konkubinat ins Leben rief, der die ganze klassische Periode des römischen Rechtes hindurch in grosser Blüte stand. Die Kaiser bis hinab zum einfachen Soldaten hatten sich mit den Rechtswirkungen dieses Verhältnisses zu befassen. Erst mit dem Christentum begann die Anschauung überhand zu nehmen, der Konkubinat sei ein sittlicher Misstand und eine Quelle der Unzucht, und es sei die Aufgabe,ihn von der Kirche aus zu bekämpfen. Die Stellungsnahme der christlichen Kaiser war eine immer schwankende, je nach ihrer persönlichen Ansicht, bis Justinian den Konkubinat einer weitgehenden Revision unterzog und die zivilrechtliche Lage der Konkubine und ihrer Kinder stark verbesserte. Während die Kirche weiter dagegen an-

[62] Nov., Imp. Leonis, 89 und 91.
[63] Vgl. Anmerkung 61, S. 343.

kämpfte, blieb der Einfluss Justinians noch zwei Jahrhunderte lang aufrecht, bis der Kaiser Basilius, der Macedonier im 9. Jahrhundert den Konkubinat für immer unter Strafe verbot, und ihm damit formell im römischen Ostreiche ein Ende bereitete.

2. ABSCHNITT: DAS GERMANISCHE RECHT.

§ 6. Von den alten Germanen bis zum 16. Jahrhundert.

1. Die Germanen bis ins Mittelalter.

Neben dem verschieden und viel stärker ausgebildeten römischen Recht ist die Entwicklung des Konkubinates bei den Germanen weit schwerer zu konstruieren. Wir müssen uns vorher kurz vergegenwärtigen, welches ihre Ansichten waren über die Ehe und ihre Nebenerscheinungen.

Tacitus berichtet uns schon von einem besonders stark ausgebildeten Familiensystem, verbunden mit einer grossen Sittenstrenge, die innerhalb der Familie durch ihre Häupter aufrechterhalten wurde. Je nach der strengen Auffassung der Angehörigen wurden die sittlichen Vergehen verschieden beurteilt. Eines galt als allgemein verbreitete Ansicht, dass sich eigentlich bloss das weibliche Geschlecht der Sittlichkeitsvergehen schuldig machen konnte, während sich die Männer höchstens durch Gewaltsanwendung und Schamverletzungen in strafwürdigen Zustand versetzten. Diese Ungleichheit beider Geschlechter in bezug auf die Moral wurde aber schon unter den Merowingern als ungerecht durch eine Gleichstellung von Mann und Frau ersetzt. Noch später war es die Kirche, die darauf sah, dass diese Vergehen vom Staate verfolgt wurden und nicht nur einer mehr oder weniger garantierten Rechtsprechung der einzelnen Familien unterlagen.

Um näher auf den Konkubinat als ausserehelicher Verbindung einzugehen, ist es notwendig sich kurz über die Ehe bei den Germanen zu orientieren. Diese wurde als ein Vertrag zwischen den beiden Familien aufgefasst[64], wobei der Mann die Rolle eines Offerenten bekleidete, und die Angehörigen der Frau bildeten die gewährende Partei. Die Verhandlungen gingen um den Kaufpreis, der vom Bräutigam an den Muntinhaber der Frau bezahlt wurde.

[64] Wilda, S. 799 ff.

Bald bildete sich dieser Kaufpreis weiter aus und nach ihm berechnete sich die Gabe des Vaters an die Braut, bis es schliesslich die eigentliche Hochzeitsgabe selbst war. Der Umweg über den Brautvater wurde auch abgeschafft und so entstand zuletzt aus dem Kauf das Geschenk des Bräutigams direkt an seine Braut[65]. Es sollte dies eine Versorgung sein für den Fall, dass die Frau in den Witwenstand geraten sollte. Dieses ursprüngliche Essentiale der Eheschliessung ging später ganz verloren, und es bedurfte die Braut nur mehr der Erlaubnis ihres Vaters, um eine rechtsgültige Ehe einzugehen. War nun eine solche rechtsgültige Ehe mit der Zustimmung des Vaters oder der Freunde und Berater der Frau geschlossen worden, so erhielt sie eine rechtlich charakterisierte Stellung gegenüber ihrem Manne[66]. Anders verhielt es sich nun, wenn die Frau nicht richtige Ehefrau des Mannes war, sondern sie sich demselben als Lebensgefährtin ohne Formen hingegeben hatte, mit ihm also im Konkubinat lebte. Damit verzichtete die Frau gewissermassen auf ihre Rechte und sie war auf das Wohlwollen des Mannes angewiesen, wieviele dieser Rechte er ihr zu gewähren geneigt war[67]. Daraus ersehen wir, dass der Konkubinat schon bei den alten Germanen bestanden hat und wir müssen uns damit näher befassen.

Der Konkubinat war bei den Germanen zum Teil auch ein Ersatz für die Ehe, wie im römischen Recht, dagegen weit weniger ausgebildet. Er war ein auf längere Dauer beabsichtigtes Verhältnis zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, die ohne jegliche Form in eheähnlicher Verbindung miteinander lebten. Nach dieser allgemeinen Definition kamen verschiedene Klassen in Betracht. Die grösste wurde gebildet aus Freien verschiedenen Standes, denen die Eingehung einer richtigen Ehe verunmöglicht oder wenigstens recht erschwert war. Wollten zwei Standesverschiedene zusammenleben, so blieb ihnen nur der Ausweg des Konkubinats. Später wurde diese Verbindung eine Missheirat genannt[68]. Gleichfalls wurde der Konkubinat benutzt von Freien, die mit Unfreien sich verbinden wollten, da die Klasse der Unfreien von einer rechtsgültigen Ehe ausgeschlossen war. Während Ehen zwischen standesverschiedenen Freien bloss aus Verachtung nicht eingegangen wurden, waren Ehen mit Unfreien strafbar und direkt verboten. Zuletzt muss auch eine Art Konkubinat bestanden ha-

[65] Grimm, S. 417 ff.
[66] Hübner, S. 514 ff.
[67] Wilda, S. 803 ff.
[68] Grimm, S. 438 ff.

ben für die Klasse der Unfreien unter sich, da sie einer rechtsgültigen Ehe unfähig waren und doch unendlich viele Verbindungen unter Unfreien stattfanden. Meistens handelte es sich also um ein Zusammenleben eines vornehmen Mannes mit einer Frau von geringerem Stande, aber es bestanden auch Konkubinate zwischen Personen gleichen Standes. Nach der Betrachtung dieser verschiedenen Gruppen, die in Betracht kamen, ist es nun noch notwendig, sich mit den Hauptmomenten des Konkubinates zu befassen, die Dauer der Gemeinschaft und die Abgrenzung gegenüber der Ehe und den übrigen unehelichen Geschlechtsverbindungen.

Die Dauer des Verhältnisses, die beim Konkubinat von den Germanen als Essentiale aufgestellt wurde, grenzte ihn als erlaubte Verbindung ab, und näherte ihn der vollkommensten aller Verbindungen, der Ehe. Die im Konkubinat sich befindenden Personen lebten miteinander in dieser Art und Weise, anstatt verehelicht zu sein, und nicht nur zu einer vorübergehenden Befriedigung sinnlicher Gelüste. Er sollte von jeher zu längerem Bestehen begründet werden und trotzdem kannten die Germanen Auflösungsgründe, die auf Grund beidseitiger Willenseinigung die Trennung der im Konkubinat lebenden Personen zur Folge hatten. Es war sogar in der ältesten Zeit möglich, dass der Mann einseitig, als Privileg seines Geschlechts, den Konkubinat löste und sich seiner Lebensgefährtin durch Wegschicken entledigte. Vergehen und körperliche Gebrechen, verbunden mit gewissen Bedingungen, waren als einseitige Auflösungsgründe bekannt[69]. Diese einseitige Ungerechtigkeit nahm mit der zunehmenden Bedeutung des Christentums ab, und falls eine fehlerhafte Verlassung der Konkubine vorgekommen war, so wurde der Mann nach einem fest aufgestellten Bussensystem für seine böswillige Verlassung gebüsst.

Die Abgrenzung gegenüber den andern fleischlichen Vermischungen fällt nicht schwer, da ausser der Ehe und dem Konkubinat alle Verhältnisse, gleichgültig welcher Art, von den Germanen unter Strafe gestellt wurden. Es ist ein Beweis, wie moralisch hoch der Konkubinat eingeschätzt wurde, wenn man die strengen Strafen vergleicht, welche aufgestellt waren, zur Verhinderung des freien geschlechtlichen Umgangs zwischen Mann und Frau, der als eine unsittliche Handlung galt. So z. B. Ehebruch, heimliches Beilager oder einfache Hurerei, die bis mit Todesstrafe wegen Entehrung von Namen und Familienstand geahndet wurden. Auch hier bestand die Privilegierung des männlichen Geschlechts, das durch die an und für sich strafwürdige Handlung seinen Stand

[69] Grimm, S. 453.

nicht weiter verletzt hatte. Der Mann war bloss der Rache der Familien ausgesetzt, deren Mitglieder er beleidigt hatte, und später wurden ihm Bussen wegen Defloration auferlegt. Einzig das sächsische Volksrecht strafte den Schänder der Tochter seines Herrn, wie dessen Ermordung, mit dem Leben.[70] Die Frau dagegen verletzte ihre Familienehre und ihre Bestrafung lag in der Hand ihrer eigenen Angehörigen, die sie oft bis zur Todesstrafe steigerten. Der eigentliche Wert der Weiber ging durch eine einzige Schwächung nach allgemeiner Ansicht der Germanen verloren. Zur Zeit der Karolinger traten diese strengen Körperschaften zurück, und es wurden Geldbussen ausgeprochen, und zwar erfolgte die Bestrafung durch den König, der ganz bestimmte Kompositionen für jede Art dieser unsittlichen Handlungen aufstellte, die der Mann dem Gewalthaber der Frau zu entrichten hatte[71].

Der Einfluss der Kirche war auch hier von ziemlicher Bedeutung auf die Behandlung, und die Bestrafung der fleischlichen Ausschweifungen. Die Kirche bestätigte die germanischen Sitten und verlangte zur Ehe die weiter oben geschilderten Formalitäten, den Familienvertrag, Einwilligung der Eltern und Vollzug nach den landesüblichen Gewohnheiten. Dazu folgte mit der kirchlichen Einsegnung eine Kontrolle der eventuell vorhandenen Ehehindernisse[72]. Gegenüber dem Konkubinat zeigte sich die Kirche im Vergleich zu den unehelichen Verbindungen verhältnismässig nicht ungünstig und belegte ihn nicht mit Strafen, noch erklärte sie ihn für unzulässig. Dafür kann man folgende Stelle vergleichen: Si quis habens uxorem fidelis, concubinam habeat, non communicet. Ceterum is qui non habet uxorem et pro uxore concubinam a communione non repellatur, tamen ut unius mulieris aut uxoris aut concubinae, ut ei placuerit, sit coniunctione contentus, alias vivens[73]. Da jedoch nach den allgemeinen christlichen Ansichten die Ehe als einzig richtige Verbindung zwischen Mann und Frau gilt, war die Kirche dem Konkubinat nicht so wohlwollend gesinnt, dass sie für dessen Fortbestand eingetreten wäre. Im Gegenteil suchte sie ihn zu verdrängen, und zwar nicht vermittels Strafen, sondern gerade umgekehrt durch Umwandlung des Konkubinates in Ehe. Vergleiche einen Brief des Papstes Leo (440—461), der die Auflösung des Konkubinates und Umwandlung in richtige Ehe als möglich und wünschenswert erachtete: Non omnis mulier viro coniuncta uxor est

---

[70] Wilda, S. 315.
[71] Jarcke: § 25 ff.
[72] Jarcke: III, S. 140.
[73] Conc. Toletan. I, a. 400, cap. 17. Siehe Thomasius. Diss. Jur. XXII. a.

viri, quia non omnis filius heres est patris. Itaque aliud est uxor, aliud concubina, sicut aliud ancilla et aliud libera. Ancillam itaque a thoro abjicere et uxorem certae ingenuitatis accipere, non duplicatio, coniugii, sed profectus honestatis est. Dubium enim est, eam mulierem non pertinere ad matrimonium, in qua docetur nuptiale non fuisse mysterium. Nisi forte illa mulier et ingenua facta et dotata legitime et in publicis nuptiis honestata videtur[74]. Desgleichen galt im Norden der Grundsatz, dass ein Konkubinat, der mehrere Jahre hindurch ungetrübt fortbestanden hatte, sich ganz von selbst in richtige Ehe umwandeln sollte, wodurch eine Umgehung der Strafe erzielt wurde. So setzte zum Beispiel das jütische Gesetz folgendes fest[75]. Wer eine Shekefrith bei sich im Hause hat und offenbarlich sie mit ihm schlafen geht, Schloss und Schlüssel hat, mit ihm isst und trinkt drei Winter hindurch, so soll sie Eheweib und rechte Hausfrau sein. So arbeitete die Kirche eigentlich gegen den Konkubinat, innerlich vielleicht sogar an eine Bestrafung denkend, da er schliesslich auch als ausserehelicheres Beilager verwerflich sei. Da jedoch die Kirche auf Widerstand gestossen wäre, wenn sie eine direkte Bestrafung hiefür befürwortet hätte, weil der Konkubinat zu tief im Volke eingewurzelt war, suchte sie die Ansicht zu verbreiten, dass wenn der Konkubinat nicht in eine Ehe umgewandelt werde, er eine Erregung des Anstosses für die Öffentlichkeit bedeute; dadurch erfolge eine Verletzung Dritter, was das Recht zu einer Bestrafung ergebe. Diese Ansicht war es auch, die später allgemein verbreitet wurde.

Nun bleibt noch die Frage der Konkubinatskinder zu behandeln. War der Konkubinat ein erlaubtes Verhältnis, so mussten auch die Kinder in einer gewissen geregelten Stellung stehen. Die Konkubine gella auch chepisa genannt[76], unterschied sich hauptsächlich von den Ehefrauen dadurch, dass diese letztern geeignet waren, die Familie des Mannes legitim fortzusetzen, während erstere nicht zu diesem Hauptzweck, sondern um ihrer selbst willen in das Haus des Mannes kam. Dabei ist bekannt, dass die Germanen mehrere Frauen nahmen, falls mit der ersten der Zweck der Kindererzeugung nicht erreicht wurde.

Da der Konkubinat ein erlaubtes Geschlechtsverhältnis war, so sollte die Geburt als Konkubinatskind nach den Ansichten der ältesten Zeit auch nicht der Grund allzu geminderten Standes sein. Später wurde ihre Stellung verschlechtert unter dem Einfluss der

---

[74] Excerpta ex epistolis Leonis Papae (Wilda, S. 807).
[75] Falck: Jütisches Gesetz I, S. 29.
[76] Hübner, § 91.

Kirche, die einen strengen Standpunkt einnahm gegenüber allen unehelich Erzeugten. Das Kind, welches in einer offenen Verbindung von Vater und Mutter ohne engern Verlobungsvertrag und ohne Trauungsformalitäten geboren war, hiess im Winkel oder auf der Bank erzeugt (Hornung)[77]. Es fiel unter die Munt des Gewalthabers der Frau, der ja regelmässig nicht der Erzeuger des Kindes war. Trotzdem gehörte das Konkubinatskind dem Hause des Vaters an, und es bestand ein Anrecht auf Erbfolge, eventuell beschränkt durch das Vorhandensein legitimer Nachkommen, bis zu spätern Zeiten, wo der Stand der Unehelichen bis zur Rechtlosigkeit herabgedrückt wurde. So haben ja mehr als einmal Bastarde auf dem Königsthron Platz genommen, besonders zur Zeit der Merowinger, während die Karolinger deren Stand verschlechterten und ihnen die Thronfolge untersagten.

Anders verhielt es sich, wenn die Konkubine eine Unfreie gewesen war, wobei selbst beim Konkubinat nicht vom Grundsatz abgewichen wurde: Unfreie erzeugen Unfreie. Das Kind folgte auch hier der ärgern Hand und war von jeglichem Anrecht ausgeschlossen. Dies mag für die Allgemeinheit gelten. Bei den verschiedenen Völkern waren die Sitten auch nicht immer gleich, und so berichten uns die Quellen, dass z. B. bei den Friesen der Vater immer zu Zuwendungen verpflichtet war. Bei einigen Stämmen galten ferner die Kinder einer Sklavin als Freie, wenn sie der Vater anerkannt hatte[78].

So war in der ältesten Zeit bei den Germanen der Konkubinat besonders unter den Vornehmen eine stark verbreitete Sitte und zudem die einzig erlaubte Geschlechtsverbindung neben der Ehe. Aber mit der immer wachsenden Macht der Kirche und den sich verändernden Ansichten der Völker verlor der Konkubinat seine eigentliche Bedeutung, und wir werden im folgenden seine Entwicklung vom Mittelalter an weiterverfolgen.

2. Das Mittelalter.

Die strenge Sittenreinheit der Germanen nahm im Mittelalter gewaltig ab. Die grosse Zahl der sogenannten fahrenden Weiber und die vielen Frauenhäuser in den Städten sind Beweise genug[79]. Auch die zahlreichen Grundherren führten ein mehr oder weniger sittenloses Leben und bekümmerten sich herzlich wenig um die all-

[77] Hübner, § 99.
[78] Brunner: Rechtsgeschichte an verschiedenen Orten.
[79] Hüllmann: IV, 71; 264 etc.

gemeinen Landesverordnungen. Eine weitere Förderung in dieser Richtung bildete die Klasse der Kriegsleute, die mit ihrer wilden Lebensweise den Zustand auch nicht verbesserten.

Der Konkubinat blühte in dieser Zeit immer noch und obschon die Kirche dagegen arbeitete, wodurch sich die allgemeine Stimmung verschlechterte, blieb er ungestraft. Langsam mit der Entwicklung verlor der Konkubinat auch seine ursprüngliche Bedeutung und der Begriff bedeutete nicht mehr allein eine Verbindung, die neben der Ehe bestand, moralisch und ethisch ihr beinahe gleichkommend, sondern es sank der Konkubinat hinab auf den Rang der verpönten ausserehelichen Verbindungen. Er wurde nicht mehr als eine Dauerverbindung begründet, sondern bloss als Vorwand für vorübergehenden geschlechtlichen Umgang benützt. Damit ging die Achtung vor dieser bis dahin höher eingeschätzten Verbindung verloren. Es kam eine Ausdrucksweise auf, die am besten die Verhältnisse dieser Zeit zu schildern vermag das öffentlich zur Uneere oder Unehe sitzen. Die betreffenden Personen, die zur Uneere sassen, waren wie der Ausdruck besagte,eben in der Unehe und konnten demnach verheiratet sein oder nicht, was zur Folge hatte, dass viele Konkubinatsverhältnisse zugleich Ehebrüche bedeuteten. Eine Basler Gerichtsordnung von 1448 sagt darüber: ... ouch etlich man by eins andern ehelich wib, etlich frowen by einer andern elichen manne sitzen ...[80]. Das öffentlich zur Unehe sitzen war der Punkt, an welchem der Konkubinat später von seinen Gegnern erfasst wurde, und wies auf den Anstoss hin, den die Öffentlichkeit an einem solchen Verhältnis nahm. Aber erst später folgten die Verbote. Ein einziger Fall war schon viel früher als Verbrechen unter Strafe gestellt worden, aber eigentlich nicht aus Sittlichkeit, sondern aus religiösen Beweggründen, und dies war jegliche Geschlechtsgemeinschaft zwischen Juden und Christen. Schon der Schwabenspiegel hatte eine solche Bestimmung, die auf den gewaltigen Judenhass schliessen lässt[81].

So büsste der Konkubinat seine allgemeine Beliebtheit langsam ein und wurde der Grund einer gewissen Verachtung gegenüber den in dieser Verbindung lebenden Personen. Da er von einer mangelhaft eingegangenen Ehe, deren Formalitäten nicht ganz erfüllt waren, kaum unterschieden werden konnte, so waren die kirchlichen Gesetzgebungen den weltlichen vorangegangen, indem sie die Ehe als nichtig erklärten, sobald eine der erforderten Formvorschriften bei der Eingehung nicht beobachtet worden war.

---

[80] Osenbrüggen: S. 277; vgl. auch für Luzern: Segesser, Bd. 2, S. 684.
[81] Grimm: Weisthüm., I, 33.

Nach alledem ging die allgemeine Meinung darauf aus, den Konkubinat eine schändliche Verbindung zu nennen und so kam eine lange Periode, während welcher er in den Strafgesetzbüchern als strafbarer Tatbestand figurierte.

§ 7. Die Neuzeit.

1. Die Zeit von 1500—1800.

Mit dem Beginn des 16. Jahrhunderts begann die Ansicht überhand zu nehmen, dass der Staat das Recht habe, sich in das geschlechtliche Leben des einzelnen Individuums einzumischen und dabei eine gewisse Kontrolle auszuüben. Es begann eine Zeit, in welcher der Konkubinat gebüsst, gestraft und die betreffenden Personen angewiesen wurden, sich entweder zu ehelichen, oder auseinanderzugehen. Eine ganze Reihe solcher Erlasse sind uns ein Beweis, wie allgemein die Verdrängung des Konkubinates als uneheliches Verhältnis versucht wurde.

Eine der ersten Verordnungen dieser Zeit war eine Gerichtsordnung Basels von 1534, die den zwei im Konkubinat Lebenden acht Tage Zeit gab sich zu verehelichen; sodann erfolgte eine Busse von zehn Pfund, nach einem weitern Gebot zwanzig Pfund und nachher sollten sie „lib und gut verfallen sin"[82]. Ferner in einer Ordinatio politica augustana von 1533, wo im Tit. 33 von der leichtfertigen Beiwohnung die Rede ist, und wo weltliche und kirchliche Obrigkeiten angehalten werden, solche öffentliche Laster der Gebühr nach ernstlich zu strafen und nicht zu dulden[83]. Auch auf kirchlichem Gebiet ging man gegen den Konkubinat vor, sowohl die Vertreter der neuen Lehre, als auch vom Papste aus. So verfasste Martin Luther im Jahre 1539 eine Abhandlung den Konkubinat betreffend für den Landgrafen Philipp von Hessen, in welcher er die Landesfürsten des schlechten Beispiels anklagt. Weiter ging das tridentinische Konzil, indem es im Jahre 1563 den Konkubinat kurzerhand verbot, und drei Jahre später veröffentlichte der Papst Pius V. eine Schrift, welche dieses Vergehen streng tadelte[84]. Ferner in den Reichspolizeiordnungen aus den Jahren 1530, 1548 und 1577 (Tit. 33, 25 und 26), die unter dem Titel der leichtfertigen Beiwohnung denselben Wortlaut aufgenommen hatten, wie das oben erwähnte Gesetz von 1533 (vergleiche Anmerkung 83)[85]. Im ältern sächsischen Recht erklärte die Landes-

[82] Osenbrüggen: S. 278.
[83] Thomasius, § XXIX.
[84] Thomasius, § XXXII.
[85] Jarcke, III, 142.

ordnung von 1550 den Haushalt mit verdächtigen und leichtfertigen Weibspersonen für strafbar[86]. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. überging den Konkubinat merkwürdigerweise gänzlich. Dagegen ging die Polizeiordnung des Fürstentums Mecklenburg aus dem Jahre 1572 energisch gegen den Konkubinat vor und bestrafte diejenigen ernstlich, die nach Erlass des Gesetzes in diesem ausserehelichen Verhältnis verblieben[87]. Ähnlich wie die bis dahin zitierten Gesetze, verfuhren die später erlassenen, so z. B. eine Ordnung der Stadt Ulm von 1683, das Landrecht von Baden von 1710 und die peinliche Halsgerichtsordnung Josephs I. und der Codex Iuris Bavarici Criminalis von 1751, die alle den Konkubinat als Tatbestand ihrer Strafgesetzbücher aufnahmen, aber wie wir später sehen werden, verschieden beurteilen[88]. Von den letzten grössern Gesetzgebungen des 18. Jahrhunderts ist die Constitutio Criminalis Theresiana von 1769 zu erwähnen, die ebenfalls den Konkubinat in die Reihe ihrer Vergehen eingliederte.

In Ergänzung der Praxis beschäftigte sich die Strafrechtswissenschaft ebenso stark mit dem Konkubinat und zählte diesen ausschliesslich zu den Sittlichkeitsdelikten, im Gegensatz zur frühern Zeit. Die Ehe galt als einzig statthafte Verbindung beider Geschlechter und als ausschliessliche Art der Befriedigung des Geschlechtstriebes, in der Absicht Kinder zu erzeugen. Jede andere Art war unerlaubt. Zur Eingehung der Ehe aber stellte der Staat gewisse Bedingungen auf, die den Begriff wiederum verengten. Und wenn nun gesetzlich vorgeschriebene Formalitäten nicht erfüllt worden waren, so ergab sich statt Ehe eben Konkubinat. Desgleichen, wenn es der Wille der Beteiligten gewesen war, zusammen ein Konkubinatsverhältnis zu begründen. Dieser gewollte Konkubinat und die sogenannte Gewissensehe, die eine Verbindung war, welche nach der Absicht beider Teile eine eheliche sein sollte, die aber ohne Beobachtung der zur Gültigkeit der Ehe notwendigen Formen geschlossen worden war[89], bildeten die beiden Entstehungsarten des Konkubinats. Die Juristen konstruierten daher den Konkubinat als einen Vertrag zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts zum Zwecke wiederholten, fortgesetzten Beischlafs[90]. Dabei wurde eine allgemeine Zweiteilung vorgenommen nach dem Inhalt dieses Gesellschaftsvertrages, der entweder darauf ausging, den Beischlaf lebenslänglich durchzuführen, dann

[86] v. Wächter: Abhandlung, S. 196.
[87] Jarcke, III, 142, Anmerkung 6.
[88] Jarcke, III, 143 ff.
[89] v. Wächter, Lehrbuch: S. 55 ff.
[90] Feuerbach, § 458; Quistorp, S. 370; Grolmann, § 381.

sprach man von einem concubinatus perpetuus, oder aber diesen ohne Eheschliessung nur auf gewisse Zeit oder unter bestimmten Bedingungen zu vollziehen, was dann bloss zu einem concubinatus temprorarius führte[91]. Diese Unterscheidung wurde bloss in der Theorie vorgenommen, da in der Praxis nach den Strafgesetzbüchern dieser Zweiteilung keine Wichtigkeit beigemessen wurde. Dass aber zu dieser Zeit doch ein gewisser Unterschied als recht und billig erachtet und der lebenslängliche Konkubinat moralisch höher eingeschätzt wurde, beweist eine Abhandlung von Justi, in der es heisst: Der beständige Konkubinat müsse also nach göttlichen und natürlichen Rechten für erlaubt und recht erachtet werden, trotzdem ihn die bürgerlichen Gesetze strafen, und der vorübergehende sei zu verpönen, da der Endzweck, Kinder zu erzeugen und zu erziehen dabei ausser Betracht falle[92]. Dass in der Wissenschaft überhaupt eine ziemlich grosse Meinungsverschiedenheit betreffs theoretischer Fragen über den Konkubinat bestanden hat, sieht man nicht bloss aus diesem Beispiel. So führten auch Thomasius und der Abt Breithaupt einen Streit über den Konkubinat, woran sich noch verschiedene andere beteiligten, indem beide im Jahre 1713 in Halle eine dissertatio de concubinatu schrieben[93]. Ein anonymer Verfasser einer kleinen Schrift über die Gesetzgebungen Frankfurts und Leipzigs von 1785 tritt sogar für eine Regelung des Konkubinates als staatlich anerkanntes Verhältnis auf, indem er schreibt: „es wird dabei, weil Ehen immer seltener werden, notwendig, den Konkubinat, statt ihn mit Strafen zu belegen, vielmehr durch die bürgerlichen Gesetze rechtmässig zu machen[94].

Was jedoch aus jener Zeit bedeutend interessanter ist als diese praktisch bedeutungslosen Fragen ist die Begriffsbestimmung, die von den Juristen dieser Zeit fast übereinstimmend aufgestellt wurde und nach denen sich etwa folgende Definition ergibt: Konkubinat ist jede nach Art und Weise des ehelichen Lebens zu fortgesetztem einfachen Beischlaf zwischen zwei ledigen Personen verschiedenen Geschlechts eingegangene Verbindung, die nicht durch die gesetzliche Form der Ehe legalisiert worden ist[95]. Bis heute ist diese Definition als allgemein gültige aufrechterhalten worden. Nach dieser Begriffsbestimmung lassen sich verschiedene Punkte ableiten. Der Konkubinat galt als Geschlechtsverbindung, die der Ehe sozusagen

---

[91] Tittmann, S. 629.
[92] v. Justi, S. 17.
[93] v. Justi, § 8.
[94] Jarcke, III, S. 9.
[95] Tittmann: § 572; Grolmann: § 381; v. Wächter: § 236 ff.

gleichgestellt wurde, die also gleiche Erfordernisse erheischte wie die Ehe. Die zwei im Konkubinat lebenden Personen durften nicht verheiratet sein. Unnötig ist beizufügen, dass sie von verschiedenem Geschlecht sein mussten. Ferner durften sie auch nicht etwa in einer zu nahen Verwandtschaft stehen. Diese Erfordernisse waren alle notwendig, damit ausser dem Zusammenwohnen kein anderes Vergehen begangen wurde, sondern bloss der Konkubinat als Verstoss gegen öffentliche Verordnungen die einzige Vergehung blieb, deren Bestrafung die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung verlangte.

Über die Bestrafung des Konkubinats gingen die Ansichten stark auseinander, und die verschiedensten Meinungen forderten eine Bestrafung als einfachen ausserehelichen Beischlaf, oder wegen Verletzung von Ordnungsvorschriften, oder Straflosigkeit bei nachheriger Eingehung der Ehe; noch andere wollten eine bloss verschärfte Strafe des ausserehelichen Beischlafs. Alle diese Anschauungen waren in den Gesetzbüchern dieser Zeit vertreten. So wurde der Konkubinat z. B. mit folgenden Strafen belegt: In der sächsischen Konstitution von 1550 wurde die Strafe des stuprum einfach verschärft, die Polizeiverordnung Mecklenburgs von 1572 schrieb eine Busse vor, und wenn diese nichts nützte, Landesverweisung[96]. In Zürich wurden die im Konkubinat lebenden Bürger von einer Wahl zu höheren Staatsstellen ausgeschlossen, ja sogar vom Amt eines Bürgermeisters oder Zunftmeisters oder irgendeiner Ratsstelle entlassen, wenn sie sich dieses Vergehens schuldig gemacht hatten[97]. Zur Zeit Carpzovs war die Strafe drei bis vier Wochen Gefängnis und bei Rückfall Landesverweisung[98]. Nach der Halsgerichtsordnung Josephs I. wurde die Strafe des stuprum erhöht, und zwar je nach Grösse des öffentlichen Ärgernisses und der Dauer des Verhältnisses bis zur Bestrafung an Leib und Leben, dagegen stellte der Codex iuris criminalis Bavarici nur die Landesverweisung auf, wenn das Handwerk länger gedauert hatte[99]. Die Theresiana schraubte die Strafe wieder hinunter auf die Höhe des stuprum und bestrafte den Konkubinat erstmals mit scharfem Verweis, oder einer dem Vermögen angepassen Geldbusse, oder zeitlichem Arrest, beim zweitenmal trat eine Verschärfung ein, verbunden mit Züchtigung und endlich, wenn alles nichts abtrug, Leibesstrafe und ewige Verweisung. Als mildernder Umstand galt, wenn

---

[96] Jarcke, III, 143.
[97] Segesser, II, 686.
[98] v. Wächter, Abhandlungen, S. 190 ff.
[99] Jarcke, III, 143.

er bei ledigen Personen vorgekommen war, ohne eine besondere Bosheit und Gefährdung[100]. Im Gegensatz zur Theresiana bestrafte der Schöffenstuhl zu Leipzig am Ende des 18. Jahrhunderts den Konkubinat sehr streng mit sechs Wochen Gefängnis, und wenn sich die Personen ehelichten trotzdem mit drei Wochen[101]. Aus diesen wenigen Beispielen ist ersichtlich, wie verschieden die Bestrafung des Konkubinats vor sich ging, was jedoch nicht verwunderlich ist; wenn man darüber die wissenschaftlichen Ansichten vergleicht. Im allgemeinen berechneten die Juristen die Strafe im Vergleich zum stuprum und traten dann je nachdem für eine Verschärfung oder Verminderung ein. Für die Schwächung forderten sie je nach dem einzelnen Fall eine Strafe, die von einer Geldbusse, bis zu 14 Tagen Gefängnis, ja sogar bis zur Landesverweisung variierte. Einige forderten für die Frau, die einen schlechten Ruf genoss, bis zu einem Monat Arbeitshaus[102]. Beim Konkubinat nun traten die meisten für eine Verschärfung der Strafe des stuprum ein, da im Konkubinat erstens mehr Besonnenheit liege, als im einfachen ausserehelichen Beischlaf, und zweitens sei der Beischlaf beim Konkubinat ein fortgesetzter, also der Konkubinat ein fortgesetztes stuprum[103]. Als Ausnahme galt jedoch die oben erwähnte Gewissensehe, für welche die Strafe herabzusetzen sei, da in diesem Fall bloss die Form der Ehe, nicht deren ethischer Wert verletzt worden sei. Eine andere Meinung wollte den Konkubinat weniger bestraft wissen als die Schwächung, mit der Begründung, dass dieser moralisch doch bedeutend höher stehe. Im fernern sollte von einer Strafe ganz abgesehen werden, falls die zwei sich ehelichten und dadurch ihrer Verbindung die gesetzlich verlangte Form geben würden, was wiederum ein Beweis dafür wäre, dass sie keine Abneigung gegen die Ehe als solche hatten[104]. Diese Meinung vertrat den Fall vieler der ärmern Klasse angehörenden, welche die Kosten einer Eheschliessung scheuten. Zwischen beiden Ansichten entwickelte sich ein Mittelweg, der den Konkubinat der Natur nach als rechtsmässiges Institut betrachtete, ihn aber wegen seiner gesellschaftlichen Folgen für den Staat als gefährlich unter Strafe verbieten wollte. Sollte sich der Konkubinat in eine rechtmässige Ehe umwandeln, so sollte von einer Bestrafung gänzlich oder wenigstens zum Teil abgesehen werden, da dadurch

---

[100] Theresiana: art. 81.
[101] v. Wächter, Abhandlungen, S. 196.
[102] Feuerbach, S. 724.
[103] Werner, § 721; v. Wächter, Lehrbuch, S. 558 und Abhandlungen, S. 181; Grolmann, S. 396.
[104] Tittmann, S. 630.

der Grund aufgehoben wurde[105]. Trotzdem die Ansichten stark auseinandergingen und die Strafen von verschiedenster Härte waren, so ging doch die allgemeine Meinung des 18. Jahrhunderts darauf aus, den Konkubinat in das Strafgesetzbuch aufzunehmen und unter Strafe zu stellen.

Was die Verjährung des Konkubinats anbetraf, so galt als Frist fünf Jahre seit der Trennung, was verhältnismässig kurz erschien, aber für die Praxis genügend lang war[106]. Im einzelnen Fall war dies ja von geringer Bedeutung, da die Verfolgung solcher Verbindungen stets da vorkam, wo sie eben das öffentliche Aufsehen erregten und nicht erst, wenn die Trennung bereits vor sich gegangen war.

Die Kinder aus einem Konkubinatsverhältnis hatten die Stellung von ausserehelichen Kindern, und diese hier privatrechtlich weiter zu verfolgen ist zwecklos. Immerhin sind einige Einzelheiten zu bemerken. Die Konkubine hatte ein Recht auf eine angemessene Entschädigung und Genugtuung, neben den Beiträgen für eventuelle Kinder[107]. Zwischen den im Konkubinat lebenden Personen sollte keine Erbfolge stattfinden, da sie nach Böhmer[108] beide mala fide seien. Auf die Kinder jedoch sollte dies alles möglichst wenig Einfluss haben und deshalb führten fast alle Gesetze die Legitimation der Kinder durch nachfolgende Trauung ein[109]. Schon Carpzov hatte gesagt, dass wenn Mann und Konkubine willens seien, ihre Verbindung in Ehe umzuwandeln, so solle dies geschehen, selbst wenn sie bereits zwanzig und mehr Jahre so beieinander gewohnt hätten. Wollten sie aber ihr Verhältnis nicht weiter fortsetzen, so konnten sie nicht dazu gezwungen werden, da intern, wie Justi sagt, durch den Konkubinat keine Verbindlichkeiten begründet werden[110]. Schon wegen der eventuellen Kinder, die bis zum Ende des 18. Jahrhunderts durch ihre uneheliche Geburt in einer verachteten Stellung waren, sollte die Umwandlung des Konkubinats, wenn immer möglich, befürwortet werden.

So waren die Verhältnisse am Ausgang des 18. Jahrhunderts, in welchem der Konkubinat überall als Vergehen galt, um nachher mit dem Anfang des folgenden Jahrhunderts als Delikt gegen die Sittlichkeit aus den Strafgesetzbüchern zu verschwinden.

---

[105] Quistorp, III, 746.
[106] v. Wächter, Lehrbuch, S. 267; Quistorp, II, 531.
[107] Quistorp, III, 765.
[108] Jus Eccl. Protest., Tom III, Lib. 4, Tit. 3, § 45; Vgl. Anmerkung 109.
[109] v. Justi, S. 117.
[110] v. Justi, S. 204.

2. Die Zeit von 1800 an.

Mit dem 19. Jahrhundert begann in Deutschland die Partikulargesetzgebung, die gegenüber den frühern Zeiten eine grosse Änderung aufwies. Alle diese Gesetzgebungen waren vom neuen Geist der Aufklärung beseelt, der auch im Strafrecht seine Wirkung hatte, und auch auf dem speziellen Gebiet der Sittlichkeitsvergehen wesentliche Veränderungen verursachte. Für die Beurteilung war nicht mehr massgebend, ob die Moral und Sittlichkeit verletzt sei, sondern, ob es sich um die Rechte des Staates oder eines Dritten handle, die durch die Handlung verletzt oder zum mindesten gefährdet seien. Und damit verschwand der Konkubinat allmählich als Tatbestand aus der Reihe der Verbrechen und wir finden ihn nur noch in der Kategorie der Polizeidelikte. Aber auch dafür galt keine allgemeine Regel, sondern der allgemeine Landesgerichtsgebrauch entschied, was wir bei der Vergleichung der Gesetze aus dieser Zeit am deutlichsten sehen werden. Da diese teilweise noch heute in Geltung sind, so werden die meisten erst in der vergleichenden Darstellung des modernen Rechtes behandelt werden.

Eine preussische Kabinettsordre von 1810 bestimmte, dass das Zusammenleben von Personen, denen die Ehe wegen begangenen Ehebruchs verboten ist, nicht geduldet werden soll, und dass die jeweils zuständige Ortspolizei untersuchen solle, ob den im Konkubinat lebenden Personen ein Hindernis zur öffentlichen Trauung entgegenstehe. Bestand ein Hindernis, so sollten sie sofort getrennt werden, bestand dagegen keines, so wurde die Kirche angewiesen, einen Versuch zu machen, die zwei Personen zur Trauung zu bekehren. Missglückte die Kirche in ihrer Absicht den Konkubinat zu legalisieren, so erfolgte endgültige Trennung[111]. In den spätern Strafgesetzbüchern übergingen fast alle Staaten den Konkubinat, nachdem er in den meisten Entwürfen zuerst aufgenommen worden war, aber aus der endgültig angenommenen Fassung gestrichen wurde. So enthielten die folgenden Strafgesetze nichts über den Konkubinat[112]: Bayern 1813, Oldenburg 1814, Württemberg 1839, dagegen aber nahm das württembergische Polizeistrafgesetzbuch desselben Jahres den Konkubinat auf; Braunschweig 1840, Hannover 1840, Hessen 1841, Baden 1845, Nassau 1849, Thüringen 1850, Preussen 1851, Österreich 1852 und das Königreich Sachsen 1855. Bayern bestrafte dann in seinem Polizeigesetzbuch von 1861 die Personen, welche in fortgesetzter ausserehelicher Geschlechtsgemeinschaft in einer Wohnung zusammenlebten.

[111] Vgl. Anmerkung 99.
[112] Stenglein: Sammlung deutscher Strafgesetzbücher.

Eine ausführliche Darstellung der Verhältnisse des 19. Jahrhunderts in Deutschland gehört in die Behandlung des modernen Rechtes, da zum Teil noch diese Gesetze gelten, welche im letzten Jahrhundert erlassen wurden. Während die Strafgesetzbücher in der Regel den Konkubinat nicht mehr aufnahmen, befasste sich im Gegensatz das Polizeistrafrecht damit, und der rechtsvergleichende Teil wird zeigen, wie Deutschland an der Spitze der Länder steht, die dem Konkubinat gegenüber weiterhin feindlich entgegenstehen.

§ 8. Rückblick auf das germanische Recht.

Die wechselreiche Stellung, die der Konkubinat in den deutschen Landen im Lauf der Zeit erfuhr, lässt ihn als ein bald erlaubtes, bald verbotenes Institut erscheinen. Je nach den sich verändernden Sitten des Volkes und dem mehr oder weniger grossen Einfluss der Kirche, veränderten sich die Meinungen über die Behandlung des Konkubinats. Bei den Germanen galt er als erlaubte eheähnliche Verbindung, die ohne jegliche Form eingegangen wurde, meistens als Ausweg, wenn die rechte Ehe wegen Standesverschiedenheit nicht eingegangen werden konnte. Die Frau erhielt statt der Dos eine sogenannte Morgengabe. Durch die Kirche bekämpft und durch die Entsittlichung seines guten Rufes beraubt, fiel der Konkubinat unter die in den Gesetzen mit Strafe bedrohten Vergehen. Von dem, was früher als wahrer Konkubinat bestanden hatte, blieb nur mehr die der salischen Gesetzgebung entstammende morganatische Ehe der Fürsten. Die Gesetze gingen darauf aus, den Konkubinat zu bestrafen, die Schuldigen entweder zu ehelichen oder für immer zu trennen. So figurierte der Konkubinat bis zum 19. Jahrhundert in allen Gesetzbüchern, um dann unter dem Einfluss der Aufklärung aus den Strafgesetzen gestrichen zu werden. Dafür wurde er von fast allen deutschen Staaten polizeilich verfolgt und als ein öffentliches Ärgernis erregendes Gebahren mit Geldbusse oder kurzer Haft, nebst sofortiger Trennung bestraft.

---

3. ABSCHNITT: DAS KANONISCHE RECHT.

§ 9. Einleitung.

Es muss hier nur noch kurz untersucht werden, wie die Kirche sich zum Konkubinat stellte, und wie weit sich die geistliche Ge-

richtsbarkeit damit zu befassen hatte. Dafür ist es aber notwendig, sich kurz mit den kirchlichen Einrichtungen vertraut zu machen.

Schon in den ersten Zeiten gab sich die Kirche mit ihren sündigen Mitgliedern ab und übte eine strenge Disziplin aus, sei es durch Ausschluss aus der Gemeinde der Gläubigen, oder durch Versagung der Teilnahme an bestimmten religiösen Handlungen[113]. Nach der Aufnahme der Kirche in den Staat entstand selbstverständlich eine gewisse Parallele zwischen weltlichen und geistlichen Gerichten, die sich, wie wir später sehen werden, zu einer Konkurrenz entwickelte. Die Vergehen wurden von weltlichen Gerichten geahndet und der Kirche blieb die Beurteilung der Amtsverletzungen und kleinern Verfehlungen bei Klerikern.

Bereits unter Justinian war die Konkurrenz beider Gerichte so gross geworden, dass sich Kompetenzstreitigkeiten ergaben, und es trat die Änderung ein, dass geistliche und weltliche Gerichte nacheinander ihre Strafen aussprachen[114].

Bei den Franken behielt die Kirche alle ihre Angelegenheiten betreffenden Vergehen, nachdem die Sendgerichte zu wirken aufgehört hatten, dazu noch einen Anteil an der allgemeinen Strafrechtspflege, um eine gewisse Macht zu behalten. Bei gewissen Delikten liess sie dem Ankläger die Wahl des geistlichen oder weltlichen Forums, und ferner trat der geistliche Richter ein im Fall der weltliche seiner Aufgabe nicht nachgekommen war.

Bei den Germanen wurden sogar Kleriker vor den weltlichen Richter zitiert. Später erlangte die Kirche die Beisitzung von Bischöfen und im 9. Jahrhundert wurde die später so verbreitete Ansicht bereits in Praxis gesetzt, dass kein Geistlicher von einem Laien gerichtet werden dürfe, eine Grundidee, die bis in späte Gesetzgebungen nie preisgegeben wurde.

Somit reservierte sich die Kirche eine grosse Kompetenz für bestimmte Delikte, worunter wir zeitweise auch den Konkubinat antreffen.

§ 10. Kirche und Konkubinat.

1. Der Konkubinat als kirchliches Delikt.

Wieweit die Bezeichnung des Konkubinats als kirchliches Vergehen passt, ist sehr diskutiert worden und die verschiedensten Ansichten sind darüber aufgekommen. In der geschichtlichen Ent-

[113] Ritschl: Entstehung der altkatholischen Kirche, S. 368 ff.
[114] Richter: Kirchengeschichte, § 212.

wicklung ist zu bemerken, dass sich die Kirche verschiedentlich mit dem Konkubinat abgegeben hat.

Die Kirche verurteilte von jeher den Konkubinat, der ihrer christlichen Richtung entgegenstand, und stellte die Ehe als einzig rechtmässige Geschlechtsverbindung hin, ohne aber den Konkubinat mit einem direkten Verbot zu belegen. Allerdings machte sie einen Unterschied zwischen dem Konkubinat an Stelle der Ehe und den andern unehelichen Verbindungen, indem sie diesen erstern, wenn auch ungern, doch als geduldet anerkannte (Conc. Tolet., Kap. 17)[115].

Auch der Papst Leo schrieb noch einen ermahnenden Brief, die im Konkubinat lebenden Personen sollten sich doch zur rechtmässigen Ehe entschliessen, um dadurch den Konkubinat auf die günstigste Weise aufzulösen[116]. .

Wenn sich die Kirche schon mit dem Konkubinat als kirchliches Vergehen beschäftigen wollte, so musste sie damit unvermeidlich mit der Jurisdiktion des Staates in Konflikt geraten, der den Konkubinat entweder gestattete, oder ihn aber als Sittlichkeitsdelikt seinerseits bestrafte. Denn zu den eigentlichen Kirchenverbrechen wie Apostasie, Ketzerei etc., konnte der Konkubinat unmöglich gerechnet werden. Betreffs dieser Vergehen beanspruchte die Kirche eine ausschliessliche Jurisdiktion, die vom Staat nicht nur zu bewilligen, sondern auch zu unterstützen sei. Weil sich aber die Kirche an verschiedenen andern Delikten interessierte, die mehr in das Gebiet der weltlichen Gerichtsbarkeit fielen, umgekehrt auch der Staat ein Interesse hatte an der Bestrafung mehr kirchlicher Vergehen, so bildete sich eine Gruppe gemischter Art. Sobald ein Vergehen gegen die kirchlichen Lehren oder Einrichtungen verstiess und die Erregung öffentlichen Ärgernisses hervorrief, wurde es zu diesen delicta mixti fori gerechnet. Darunter fielen hauptsächlich mit dem Institut der Ehe in Verbindung stehende Vergehen, wie Ehebruch, Konkubinat, Bigamie, Ehe mit Juden etc. Hierbei kamen zwei Momente zur Geltung: nämlich einmal wieweit es die Praxis zuliess, dass ein geistlicher Richter über die Verbrechen eines Laien zu beurteilen berechtigt war. Anderseits leitete die Kirche aus ihrer Kompetenz für die Religionsverbrechen auch ein Anrecht für die Beurteilung der delicta mixta ab, die nach ihrer Ansicht den Geist der Kirche ebenso stark verletzten wie den Staat. Da jedoch über diese Vergehen keine weitern Bestimmungen bestanden, so kam vielerorts die Meinung auf, dieselben nach der Heiligen Schrift und den Gesetzen Moses zu beurteilen. Diese waren jedoch für die Chri-

[115] Vgl. Anmerkung 73.
[116] Vgl. Anmerkung 74.

sten nicht mehr in Geltung, ausser dass als allgemeine Moral diejenigen Sätze galten, welche im neuen Testament wiederum aufgestellt worden waren[117]. So z. B. Matth. XIX, 9, Marc. X, 9 und I. Korinth. VII, und besonders die Schriften des Apostels Paulus.

Tatsächlich aber war die Kirche viel energischer als der Staat und bis zu einem gewissen Grad konnte selbst der Herrscher damit zufrieden sein, denn was konnte in jener Zeit mehr Wirkung haben, als eine kirchliche Strafe? Und obgleich bis zum 9. Jahrhundert kein direktes Verbot des Konkubinats bestand, so darf doch nicht, wie es Quistorp tut[118], angenommen werden, das ältere kanonische Recht habe zur Verhütung von Ausschweifungen unverehelichten Personen gestattet, eine Konkubine auf Lebenszeit zu nehmen. Es war bis dahin ein geduldetes Verhältnis, gegen das die Kirche wegen seiner Beliebtheit nur langsam vorzugehen vermochte. So verbot das Mainzer Nationalkonzil von 851 anfangs das Halten einer Konkubine neben der Ehefrau aufs strengste, indem es die Ansichten und Normen des Papstes Leo I. und des Tolet. Konzils wiederholte[119]. Stets wuchs die schlechte Stimmung gegen den Konkubinat an und gipfelte im Verbot für den Klerus, die wider Pflicht und Zölibatsgesetz im Konkubinat lebten, das im 11. Jahrhundert erlassen wurde.

So ging es bis ins 15. Jahrhundert, wo sich der Staat durch sein Eingreifen zu interessieren begann, und es entstand ein Konkurrenzstreit, aus dem der Staat als Sieger hervorging, und die Kirche kein Recht zur eigentlichen Bestrafung mehr hatte. Nur im Fall, da der geistliche Richter zuerst vorging, hatte er auch ein Recht, weltliche Strafen auszusprechen, ausser Leibes- und Lebensstrafen: also wenn criminaliter non ad poenam corporalem sed pecuniariam geklagt war. Vergleiche einen Schriftsteller, der die kanonischen Ansichten dieser Zeit berichtet[120].

Bis ins 16. Jahrhundert hinein hat die Kirche nicht die Macht besessen, den Konkubinat direkt mit Strafen zu belegen. Solange dauerte dieser ungewisse Kampf gegen den Konkubinat[121]. Es bestanden wohl gewisse Formvorschriften, welche die Ehe vor den andern Verbindungen kennzeichneten, aber es bestand auch der Grundsatz der Formlosigkeit mit der Idee, die Eheschliessungen zu erleichtern, was wiederum die Unterscheidung von ausserehelichen Verbindungen speziell vom Konkubinat erschwerte. Die Erforder-

---

[117] Schnaubert, § 215 ff.
[118] Quistorp, I, S. 764.
[119] Kirchenlexikon von Wetzer und Welte.
[120] Marcus Mantua Benavidius, vgl. Richter, S. 615.
[121] Hinschius, S. 131, 148, 155.

nisse der Ehe waren nicht mehr traditionellen Charakters und konnten mit Leichtigkeit umgangen werden, so dass es oft unmöglich war, festzustellen, ob es sich um einen concubinatus perpetuus oder eine formlose Ehe handle. Denn zwischen dem concubinatus temporarius, der mit der Freiheit verbunden war, sich jederzeit zu trennen, und dem lebenslänglichen Konkubinat machte doch selbst die Kirche einen grossen Unterschied.

Leo X. war es nun, der es endlich wagte auf dem Lateran-konzil von 1516 gegen die im Konkubinat lebenden Laien kanonische Straf- und Zuchtmittel anzuordnen[122] und der dazu ermahnte, die Eingehung der Ehe an die vorgeschriebenen Formen zu knüpfen und dieselben nicht zu umgehen. Er nannte als Eheerfordernisse die Dosbestellung und die kirchliche Einsegnung. So finden wir im Decretum Burchardi von 1549 eine ähnliche Bestimmung[123]: Accepisti uxorem et non fecisti nuptias publice et non venisti ad Ecclesiam tu et uxor tua et non accepistis benedictionem a sacerdote sicut in canonibus scriptum est non dotasti eam dote qualicunque potuisti, sive terra, sive mobilibus rebus, auro argento vel mancipiis, vel animalibus, vel juxta possibilitatem, tuam postremo vel denario, vel precio unius demarii, vel precio unius oboli, tantum ut dotata fieret; si non fecisti tres Quadragesimas per legitimas ferias poenitere debes. Sogar Martin Luther schrieb im Jahre 1539 eine Abhandlung über den Konkubinat[124], welchen er als verachtungswürdig hinstellte und in der er seine Anklage hauptsächlich gegen die Landesfürsten richtete. Im Jahre 1566 tadelte der Papst Pius V. in einer von ihm verfassten Schrift den Konkubinat aufs strengste[125].

Das Tridentinische Konzil war es nun, das in diese Wirren eine gewisse Ordnung hineinbrachte, indem es für eine richtige Ehe ganz bestimmte Formen schuf und dadurch eine klare Unterscheidung ermöglichte. Die ohne Form leicht erkenntlichen Verbindungen wurden als verbrecherisch erklärt. Als Formvorschrift erklärte das Konzil eine unerlässliche Abgabe des Konsenses vor Pfarrer und zwei Zeugen: coram parocho et duobus vel tribus testibus.

Das Konzil erklärte, dass es für einen Mann eine schwere Sünde sei, eine Konkubine zu halten, noch schwerer, wenn er dies als Verheirateter tue, besonders wenn sie im Hause ernährt werde und dort verbleibe. Dies gelte für jeden Rang und unter welchen

---

[122] C., 1., VII, de concubinariis, 5, 16, vgl. Wetzer und Welte.
[123] Descr. Burch. Lib. XIX.
[124] Thomasius, § § XXIX—XXXII.
[125] Thomasius, § XXXII.

Bedingungen es geschehe, so sollten sie ermahnt werden, zuerst in aller Stille durch den Pfarrer und dann öffentlich, sich zu verehelichen oder vom Zusammenleben überhaupt abzusehen; wenn aber die Konkubine nicht entlassen würde und die beiden ungetrennt beieinander blieben, so sollte zur Exkommunikation beider vorgegangen werden[126]. Damit war nun Klarheit geschaffen, der Konkubinat war von der Kirche verboten und mit Strafe belegt; er stand nun für eine Zeitlang unter der kirchlichen Jurisdiktion.

Aber schon im 17. und 18. Jahrhundert nahm die noch heute bestehende Ansicht überhand, dass der Konkubinat als kirchliches Vergehen nicht länger bestehen könne, und dass das Interesse des Staates grösser sei gegen den Konkubinat zu wirken, als dasjenige der Kirche.

2. Die Strafen.

Die Strafen, welche durch die Kirchen ausgesprochen wurden, waren in ältester Zeit die wirksamsten und meist angewandten. Schon in Rom wurde die Disziplinargewalt der Kirche durch den Staat unterstützt durch die Bestätigung der kirchlichen Nachteile. Die Kirche macht frei von der Sünde durch die Auferlegung einer Busse, die übernommen werden muss. Diese Busse (poenitentia) kann mit einer Rechtsstrafe identisch sein, hat aber immer den Unterschied, dass sie freiwillig übernommen wird, soweit sie nicht vom Staate erzwungen werden kann.

Die kirchliche Strafgesetzgebung war von jeher zuständig für die reinen Religionsverbrechen, die uns hier nicht weiter interessieren. Daneben bestand die Kompetenz für die delicta mixta, also auch für den Konkubinat mit der Präventionsklausel. Speziell ist die Strafgewalt über die Geistlichen zu erwähnen; mit dem Grundsatz, dass kein Geistlicher von einem weltlichen Richter gerichtet werden könne, musste, wenn das Verbrechen schwer war und die Kompetenz des geistlichen Richters überschritt, zuerst die Degradation erfolgen und sodann die Verurteilung durch den weltlichen Richter. Dies galt für bürgerliche Vergehen, was aber Amts- und Disziplinarvergehen betraf, so lag die Gerichtsbarkeit immer bei den Bischöfen, die nach ihren Kirchengesetzen Recht sprachen.

Das tridentinische Konzil stellte für Laien und Klerus die entsprechenden Vergeltungen für unchristliches Verhalten auf. Es erklärte, dass alle Verbindungen, welche nicht die bestimmte Form

[126] Conc. Trid. Sess., XXIV, Cap. 8.

der Ehe erfüllt hätten, strafbar seien, was bei Ermangelung der Erfordernisse leicht erkenntlich war. Darnach wurden die im Konkubinat Lebenden dreimal ermahnt sich zu trennen, und falls diese Aufforderung nichts nützte, so wurde über beide der Bann ausgesprochen. Zudem wurde in der Praxis eine Busse verhängt und die Konkubine fortgewiesen. Falls sich nach Ablauf eines Jahres das Verhältnis nicht gelöst hatte, so wurde unter der Mitwirkung der weltlichen Gerichte ein Prozessverfahren eingeleitet, wodurch die beiden zur Trennung gezwungen und überdies schwer gestraft wurden. Eine kumulative Strafzumessung für eventuell damit verbundene Delikte wie z. B. Ehebruch, wofür die Ausweisung aus der Stadt erfolgte, war sehr wohl denkbar[127]. Im übrigen wurde einem im Konkubinat verstorbenen Unbussfertigen das kirchliche Begräbnis verweigert. Für den Klerus galt der Konkubinat abgesehen von der Sünde als eine Verletzung der Standespflicht und er wurde stets von den Bischöfen aufs strengste gerügt. Das Tridentinische Konzil hat auch für Geistliche im speziellen Strafen aufgestellt, und zwar stufenweise zuerst als Busse den Verlust der Einkünfte, dann suspensio a beneficio et officio, und zuletzt Privation und andauernde Unfähigkeit zu Ämtern, Pfründen bis zur vollkommenen Besserung. Im Rückfall erfolgte die Ausweisung aus der Diözese[128]. Damit verbunden konnte auch Einsperrung ausgesprochen werden.

Die Kirche wurde vom Staat unterstützt, welcher auch ähnliche Bestimmungen aufstellte. Vergleiche darüber die Reichspolizeiordnungen aus dieser Zeit und andere früher angegebene Gesetzesbestimmungen.

Durch die Reformation verlor das kanonische Recht bei den Protestanten seine Geltung, aber in bezug auf den Konkubinat hatte dies wenig Einfluss, da er als sittlich verwerflich galt und von seiten der Kirche streng gerügt wurde.

Infolge der Aufklärung wurden die im Mittelalter üblichen Vermischungen zwischen Religion und Recht genauer geprüft, und die Ansicht, dass Ehebruch, Bigamie, Konkubinat etc. Religionsdelikte seien, wurde aufgegeben. Als sündiges Verhalten auferlegte die Kirche gleichwohl noch Strafen, die aber ohne jeglichen bürgerlichen Rechtsnachteil als einzige Wirkung ein kirchliches Recht einzuschränken imstande waren.

So verschwand der Konkubinat allmählich aus der Reihe der Religionsvergehen und wurde verschiedentlich von den Strafgesetz-

---

[127] Sess., XXIV, Cap. VIII de reform. matr.
[128] Sess., XXV, Cap. XIV.

büchern rezipiert, oder zum mindesten in den Polizeistrafgesetzbüchern erwähnt. Die Kirche dagegen blieb bis in die moderne Zeit dem Konkubinat feindlich, beschränkte sich aber mit Ermahnungen an die Gläubigen, als Geschlechtsverbindung nur die einzig erlaubte rechtmässige Ehe anzuerkennen.

§ 11. Anhang: Das mosaische Recht.

Ganz kurz soll hier nun noch die Verschiedenheit der Behandlung des Konkubinats nach uns fernerliegenden Rechten untersucht werden, besonders unter Berücksichtigung des mosaischen Rechtes, das im Mittelalter vielerorts gleich einem göttlichen Gebote als Vorbild dienen sollte, aber wegen der zum Teil ganz verschieden gearteten Mentalität der Völker nicht bloss übertragen werden konnte, so dass nur Sätze allgemeiner Moral in Betracht fielen.

Schon im mosaischen Recht war der Konkubinat bekannt und als gesetzliches Institut aufgenommen worden, allerdings in einer gewissen Mischung mit der Vielweiberei. Es wurden nämlich zweierlei Hausfrauen unterschieden, gekaufte und ungekaufte, die demnach mehr oder weniger Rechte besassen. Der Kaufpreis war den Verhältnissen nach verschieden, aber immer hatte die ungekaufte Frau eine bessere Stellung, Dies zeigte sich z. B., wenn der Herr eine Konkubine neben seiner Ehefrau unterhielt, so konnte die Ehefrau dieselbe trotzdem als Magd behandeln, ja selbst sie von Hause entlassen[129], wozu eine gekaufte Frau niemals das Recht gehabt hätte, da sie gegenüber der Konkubine kein gesetzliches Vorrecht besass. Jeder Hebräer hatte das Recht, mit oder sogar ohne Einwilligung seiner Frau, mit jeder Magd im Konkubinat zu leben und mit ihr Kinder zu zeugen. Sie blieb aber Magd und er war ihr Herr, solange keine Hochzeit gefeiert worden war[130].

Auch lag bloss Ehebruch vor, wenn ein Verheirateter mit einer Ehefrau geschlechtlichen Umgang hatte, wofür die Strafe der Steinigung eintrat; war jedoch die Konkubine unverheiratet, so wurden dadurch die Rechte der Ehefrau nach jüdischer Auffassung nicht verletzt. In Arabien und Persien dagegen wurde der Schutz der Ehe und sogar des Konkubinats soweit getrieben, dass es als Ehebruch und Verführungsversuch bezeichnet wurde, wenn man das Unglück hatte, die Konkubine eines Vornehmen anzutreffen. Die Eifersucht der Edlen ging so weit, dass man dies mit dem

[129] Moses, I, XVI und XXI.
[130] Moses, II, XXI, 7, 8; Richter, XIX, 26.

Leben bezahlen konnte[131]. In Arabien durften weder der Ehemann noch der Gefährte einer Konkubine eine Rache vollziehen. Die dazu gesetzlich legitimierten waren Bruder und Vater der Frau[132].

Eine weitere Art des Konkubinats war die eines unverheirateten Mannes mit einer Leibeigenen, meist Kriegsgefangenen, die er sich zu dem Zweck auserlesen hatte, um mit ihr gemeinsam zu leben. Trotzdem dieser Konkubinat gestattet war, wurde dennoch die richtig garantierte Ehe, wie sie Michaelis nennt, empfohlen[133]. Denn obschon der Konkubinat geduldet war, wurde er keineswegs durch die Gesetze geschützt und z. B. Untreue oder böswillige Verlassung bestraft. Wahrscheinlich aus der einfachen Befürchtung, dass er sonst zu sehr überhand genommen hätte[134].

Noch eine dritte Art von Konkubinat ist hier zu erwähnen und das ist der bei den Kindern. Des heissen Klimas und des heissen Blutes dieser Völker wegen, wie Michaelis sagt, gab der Vater seinem früh mannbar gewordenen Sohn eine seiner Leibeigenen als Konkubine für längere Zeit. Diese Massregel, welche ausserdem bloss von vermögenden Eltern getroffen werden konnte, diente zur Verhütung schlimmer Exzesse, da doch noch im Kindesalter stehende Söhne nicht verheiratet werden konnten, ausser mit einer älteren Frau, die später im richtigen Mannesalter zu alt für sie geworden wäre. Die Feststellung, ob der Knabe dazu die nötige Reife erlangt hatte, wurde durch eine ausgiebige Fragestellung durch den Priester erlangt. Dies war Sitte in südlichen Ländern, wie Persien, Arabien, sogar in Portugal[135]. Verschieden dagegen waren die Sitten der Länder in der Behandlung der Konkubine, wenn sich der Sohn verheiratete. In Portugal wurden die Konkubinen bei der Verehelichung des Sohnes auf Lebenszeit in ein Kloster eingesperrt, ihre Kinder dagegen verblieben im elterlichen Hause, ja wurden sogar als erbfähig für adelige Güter betrachtet, wenn die Ehe des Sohnes kinderlos blieb. In Persien kamen die Konkubinen in ein Serail, womit auch ihr Leben festgelegt war. Bei den Israeliten blieben sie dagegen im elterlichen Hause mit ihren Kindern, gleich einer Tochter, erhielten standesgemässe Kleidung und Behandlung und hatten einen Anspruch auf regelmässigen Beischlaf. Wollte jedoch der Sohn dieses Verhältnis nicht haben, so wurde die Konkubine sofort freigelassen[136]. Mit dieser Ansicht

---

[131] Chardin: Voyage en Perse, IV, S. 238.
[132] Niebuhr: Beschreibung von Arabien, S. 31.
[133] Michaelis: Mosaisches Recht, V, 223.
[134] 2. Moses, XXI, 9—11; 5. Moses, XXI, 10—14.
[135] Moses, II, 117; Chardin, II, 293; Michaelis, S. 74.
[136] Moses, II, XXI, 9—11.

war es begreiflich, besonders in den zwei ersten Fällen, dass die Konkubine alles darauf setzte,eine Heirat zu vereiteln, um mit dem Haussohn weiter im Konkubinat leben zu können, was anderseits für den Staat Nachteile nach sich zog. Umgekehrt war es eine grausame Sitte, Frauen einem Jüngling hinzugeben, um sie nachher auf Lebenszeit einzusperren, oder in einer Zwischenstellung im Hause zu behalten.

II. TEIL.

VERGLEICHENDE DARSTELLUNG DER MODERNEN RECHTE.

§ 12. Einleitung.

Die Zahl der Länder, in welcher seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Konkubinat noch in den Straf- und Polizeigesetzen als strafbarer Tatbestand figuriert, ist klein, so dass nur nach diesen die heute schwach verbreitete Anschauung, die zur Bestrafung des Konkubinates neigt, abzuleiten ist, womit eine eingehendere Betrachtung dieser Bestimmungen notwendig wird. Dazu kommt noch, dass die Schweiz und Deutschland mit ihren verschiedenen Landesgesetzen am meisten für die Bestrafung des Konkubinates eingetreten sind, was für uns noch ein spezielles Interesse bedeutet. Daneben besitzen auch die nordischen Gesetze ähnliche Bestimmungen, während alle Länder romanischen Charakters über den Konkubinat nichts vorschreiben, ja denselben sogar zum Teil als ehebrecherische Handlung des Ehemannes bezeichnen.

Zum Schluss sollen noch die verschiedenen Gründe, die für oder gegen eine Bestrafung sprechen, einander gegenübergestellt werden, mit dem Versuch,die moderne Ansicht zu begründen, dass der Konkubinat nicht mehr in ein Strafgesetz gehört.

---

4. ABSCHNITT: DAS SCHWEIZERISCHE RECHT.

§ 13. Allgemeines.

Die Erscheinung, bei Beginn des 19. Jahrhunderts auf dem Gebiet des Strafrechts neue Gesetzgebungen zu erlassen, war auch in der Schweiz zu beobachten. Die kantonalen Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts wurden nach und nach erlassen, sich an fremdes Vorbild anlehnend, oder einander nachahmend. In der zweiten Hälfte des Jahrhunderts wurden sie, sei es revidiert, sei es bloss ergänzt durch spätere Erlasse, die bis auf den heutigen Tag ihre Geltung beibehalten haben, indem die Annahme des schweizerischen Strafgesetzbuches verzögert wurde.

Der Beginn der schweizerischen strafrechtlichen Gesetzgebung der neuern Zeit war das „helvetische peinliche Gesetzbuch" aus

dem Jahre 1799, das allerdings bloss kurze Zeit während der helvetischen Republik Geltung hatte. Als durch die Mediationsakte von 1803 die Erklärung der Souveränität der Kantone auf dem Gebiet der Strafgesetzgebung erfolgt war, sahen sich die meisten Kantone ausser Stande sofort eigene Strafgesetze erlassen zu können, so dass das helvetische peinliche Gesetzbuch subsidiär in einzelnen Gebieten für längere Zeit in Geltung blieb, so z. B. in Bern bis 1866[137]. Es war ganz nach dem code pénal Frankreichs geartet und berührte den Konkubinat nach französischem Muster überhaupt nicht. Trotzdem es eigentlich kein originell schweizerisches Gesetz und seine Dauer gering war, so hat es dennoch einen gewissen Einfluss auf die ihm folgenden kantonalen Gesetze ausgeübt. Der Kanton Aargau begann im Jahre 1805 und bis zur Hälfte des 19. Jahrhunderts besassen im ganzen zehn Kantone eigene Strafgesetze. Von 1850 an folgten die übrigen Kantone bis an Uri und Nidwalden, die heute noch kein eigenes Strafgesetz besitzen. Neben den Strafgesetzbüchern entwickelten sich auch die Polizeigesetzgebungen und es wurden Dekrete und Spezialgesetze auf den verschiedensten Gebieten erlassen. Diese zum Teil noch heute geltenden Bestimmungen entsprechen nicht immer der neuesten Auffassung und trotzdem besitzen die wenigsten Kantone neuere Strafgesetze; die alten wurden durch Revisionen und ergänzende Nachtragsgesetze dem Fortschritt der Zeit angepasst. Der Hauptgrund dazu war wohl die Aussicht auf ein schweizerisches Strafgesetz und dessen lang hingezogene Vorarbeiten. So besitzt der Kanton Waadt das älteste noch geltende Strafgesetz aus dem Jahre 1843.

Mit der Verschiedenheit von Volksauffassung und Sitte und je nach dem Vorbild, welches bei der Gesetzgebung gedient hatte, wurde der Konkubinat dementsprechend einer verschieden gearteten Beurteilung unterzogen, sowohl in den kantonalen Gesetzen, wie auch in den Vorarbeiten zum schweizerischen Entwurf. Die schweren Verbrechen sind zu allen Zeiten überall vom Staat aus verfolgt worden, aber auf die leichteren Sittlichkeitsvergehen übten von jeher Sitten und Anschauungen, sowie die Verschiedenheit der Volkstypen und Zeitepochen einen mächtigen Einfluss aus.

§ 14. Die kantonalen Gesetzgebungen.

Um die Behandlung der kantonalen Gesetze leichter zu gestalten, sei hier versucht, dieselben in drei Hauptkategorien zusammenzustellen, und zwar in eine, die den Konkubinat bestraft, eine, die

[137] Thormann: Rektoratsrede, S. 13.

ihn freilässt und die dritte, welche ihm auf anderem Wege beizukommen sucht. Auf diese Art wird man sich die Verschiedenheit der Strafgesetze in den einzelnen Kantonen am besten vergegenwärtigen[138].

1. Kategorie: Die Kantone, welche den Konkubinat unter Strafe stellen. Hier sind vorerst drei Kantone zu nennen, die den Konkubinat als detaillierten Tatbestand in ihre Gesetze aufgenommen haben:

Luzern. Dieser Kanton überwies schon in seinem Strafgesetzbuch von 1836 in § 165 den Konkubinat dem Polizeistrafrecht als leichtes sittliches Vergehen. Im neuen Polizeistrafgesetzbuch von 1861 bestrafte er in Art. 144 den unehelichen Beischlaf mit Busse von 20—80 Franken, und den Konkubinat noch speziell mit Gefängnis. Im Jahre 1915 wurde das neue Polizeistrafgesetz erlassen, dessen § 145 bestimmt:

> „Personen, welche in ausserehelicher Geschlechtsverbindung in einer Wohnung zusammenleben, werden mit Gefängnis von 2—6 Wochen bestraft. Unabhängig von der Strafverfolgung bleibt der Polizeibehörde die Trennung der in unerlaubter Verbindung Zusammenlebenden vorbehalten."

Schaffhausen. Im Zuchtpolizeigesetz von 1842 bestand eine Bestimmung den Konkubinat betreffend, welche denselben mit Gefängnis von 4 Tagen bis 3 Wochen bestrafte. Eine gleiche Bestimmung wurde im Strafgesetz von 1859 aufgenommen in Art. 186, der bis auf heute unverändert blieb:

> „Unverheiratete Personen verschiedenen Geschlechts, welche, sei es in der Absicht eine Ehe einzugehen, oder ohne diese Absicht, wie Eheleute zusammenzuleben, werden mit Gefängnis bis auf einen Monat oder Geldbusse bis auf 100 Franken bestraft."

Basel-Stadt. Dieser Kanton bestrafte in seinem Polizeistrafgesetz von 1872 in Art. 51 mit Geldbusse bis zu 100 Franken oder Haft bis zu 3 Wochen „Personen, welche in fortgesetzter ausserehelicher Geschlechtsverbindung zusammenleben." Kraft dieser Bestimmung wurde der Konkubinat in Basel bedingungslos bestraft und zugleich im Tatbestand des Gesetzes eine Begriffsbestimmung aufgenommen.

Im Sommer 1919 beschloss der Grosse Rat eine Revision der Strafgesetze. In den Verhandlungen wurde ein Antrag auf gänzliche Streichung dieses Artikels gestellt[139], aber in der Sitzung vom

[138] Nach den amtlichen Gesetzessammlungen der Kantone, und Stooss: Die schweizerischen Strafgesetzbücher.

[139] Mitteilung der kantonalen Staatskanzlei.

3. Juli 1919 wurde entgegen dem Antrag der Beschluss gefasst, den Art. 51 in einer allerdings andern Fassung im Gesetz beizubehalten[140]. In der Fassung des Gesetzes vom 10. Juli 1919 wurde nun über uneheliches Zusammenleben in Art. 51 folgendes bestimmt:

> „Personen, welche in fortgesetzter ausserehelichen Geschlechtsverbindung zusammenleben und dadurch öffentliches Ärgernis erregen, werden mit Geldbusse bis zu 150 Franken oder Haft bis zu 3 Wochen bestraft und sind voneinander zu trennen."

Dies sind die einzigen Kantone, welche eine richtige Definition des Konkubinats aufstellen, bei welcher beide Hauptmomente des Konkubinats, die Dauer und die Eheähnlichkeit zum Ausdruck gebracht werden: das Zusammenleben von unverheirateten Personen wie Eheleute (Schaffhausen), und die ausserehelichen Geschlechtsverbindung und Zusammenleben in einer Wohnung (Luzern), sowie das Zusammenleben in fortgesetzter ausserehelicher Geschlechtsverbindung (Basel-Stadt). Die Kantone Luzern und Basel sehen ferner noch speziell die Trennung vor, sei es als Vorbehalt der Polizeibehörden oder als eine die Bestrafung normal begleitende Folge, was Schaffhausen wahrscheinlich als Basis der Strafbestimmung als selbstverständlich annimmt. Bei der Revision des Gesetzes hat Basel seinem frühern Tatbestand die Bedingung beigefügt, dass zur Verletzung der Bestimmung das Verhältnis beider Personen eine Erregung öffentlichen Ärgernisses hervorrufen müsse.

Es folgen nun noch weitere Kantone in dieser Kategorie, die den Konkubinat ebenfalls unter Strafe stellen, ohne den Tatbestand näher zu umschreiben; der Gesetzgeber setzt ihn offenbar als bekannt voraus.

O b w a l d e n. Das Strafgesetz von 1864 überlässt in Art. 71 die geringeren Unzuchtsvergehen der polizeilichen Bestrafung, d. h. alle die nicht im Strafgesetz angeführten. Das Polizeistrafgesetz von 1870 stellt sodann diese leichtern Vergehen unter Strafe und hat von seinem Recht ausgiebigen Gebrauch gemacht, indem es „fleischlichen Umgang von Ledigen verschiedenen Geschlechts" mit erstem und zweitem Rückfall (§ § 106, 107), „verdächtige Zusammenkünfte übel beleumdeter Personen" (§ 114) etc. verbietet. Dementsprechend wird auch der Konkubinat unter Strafe gestellt, und zwar lautet der § 111:

---

[140] Protokoll des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt, Jahrgang 1919/20, Nr. 9, S. 119 ff.

„Wenn zwei Personen sich konkubinatsgemäss öftern Beischlaf gestattet haben oder wenn eine Person mit verschiedenen Personen andern Geschlechts Unzucht trieb, so ist die erste Strafe 50—200 Franken oder angemessene Freiheitsstrafe. Ging ein bestraftes einfaches Unzuchtsvergehen oder Ehebruch voraus, so wird die früher ausgefällte Strafe zugezählt. Schon im ersten hier vorgesehenen Fall kann Eingrenzung[141] bis auf zwei Jahre und Einstellung im Aktivbürgerrecht bis auf vier Jahre erfolgen."

Der mehrfache Rückfall dieser leichten Vergehen wird nach Art. 70 des kantonalen Strafgesetzes geahndet, und die Strafe kann bis zu Gefängnis oder Zuchthaus von 18 Monaten bis 4 Jahren gesteigert werden. Damit hat der Kanton Obwalden wohl die härtesten Massnahmen den Konkubinat betreffend aufgestellt.

Graubünden. Dieses Strafgesetz von 1851 überlässt in Art. 138, Abs. 2 die „einfachen Unzuchtsfälle" der Polizei. So hat das Polizeistrafgesetz von 1873 in Art. 18, der die einfachen Unzuchtsverbrechen mit Geldbusse für beide Teile bestraft, folgendes bestimmt:

„... haben aber die Betroffenen erwiesenermassen im Konkubinat gelebt, so wird Gefängnis bis auf 14 Tage oder Geldbusse bis auf 70 Franken erkannt. Mit dieser letztern Strafe kann, wo es zulässig erscheint, auch Verweisung aus dem Kanton oder Kreis bis auf 2 Jahre verbunden werden."

Bern. Sein Strafgesetz von 1866 sieht in Art. 163 die einfache Bestimmung vor:

„Konkubinat wird mit Gefängnis bis zu 30 Tagen bestraft, womit Geldbusse bis zu 100 Franken verbunden werden kann."

Diese etwas kurz abgefasste Bestimmung ist durch eine Reihe Urteile der bernischen Polizeikammer erläutert worden, woraus verschiedene Tatbestandsmerkmale abgeleitet werden können, die anstatt vom Gesetzgeber, erst durch die Praxis aufgestellt worden sind. So wird zu einem Konkubinatsverhältnis ein häusliches Zusammenleben beider Personen verlangt, also mehr als ein blosser Geschlechtsverkehr. Es muss die Eheähnlichkeit der Verbindung vorliegen, und die Angeklagten müssen wie Mann und Frau zusammenleben, wie dies die geschichtlich-historische Begriffsbestimmung der wilden Ehe verlangt[142]. Hingegen braucht wiederum

[141] Eingrenzung ist behördliches Gebot innerhalb gewisser Zeit die Wohngemeinde nur mit behördlicher Erlaubnis zu verlassen.

[142] Urteil der Polizeikammer vom 8. Dezember 1888, in Monatsblatt für bernische Rechtsprechung, Bd. 6, S. 119; Urteil der Polizeikammer vom 4. Januar 1890, in Monatsblatt für bernische Rechtsprechung, Bd. 7, S. 64.

der strikte Nachweis von Beischlafsakten nicht erbracht zu sein, um ein Konkubinatsverhältnis als bestehend zu betrachten, wenn die andern Voraussetzungen, besonders das eheähnliche andauernde Zusammenwohnen, nachgewiesen sind, sondern ein derart konkludentes Verhalten genügt[143]. Jedoch muss die Wahrscheinlichkeit des geschlechtlichen Verkehrs als bewiesen angenommen werden, und es darf nicht bloss die Möglichkeit eines solchen vorliegen, da dieses Moment doch zum Tatbestand des Konkubinates gehört[144]. Über das öffentliche Ärgernis sagt das bernische Gesetz auch nichts und die Praxis nimmt an, dass ein Konkubinatsverhältnis von Natur aus geeignet sei, Ärgernis zu erregen. Somit ist für die Strafbarkeit die Tatsache ohne Bedeutung, ob wirklich Anstoss genommen worden ist, da das Ärgernis gesetzgeberisches Motiv der Strafbestimmung ist, nicht aber ein Moment des Tatbestandes[145]. Was den Zivilstand der beiden Personen anbetrifft, so ist dieser für die Bestrafung irrelevant. Der eventuell durch eine bereits verehelichte Partei begangene Ehebruch spielt dabei keine Rolle und der Konkubinat kann verfolgt werden wie bei ledigen Personen[146]. Endlich ist zu bemerken, dass ein Freispruch von der Anschuldigung auf Konkubinat erfolgt, wenn die Angeschuldigten vor einer rechtskräftigen Beurteilung der Sache sich verehelicht haben, wodurch das der Ehe widerstehende Verhalten beseitigt wird[147].

Diese letzten drei Kantone geben zum Unterschied der ersten dieser Kategorie keine nähere Bestimmung des Konkubinats, sondern bestrafen ihn kurzerhand, wie Bern, oder die Personen, die erwiesenermassen im Konkubinat lebten (Graubünden), und solche, die sich konkubinatsgemäss öftern Beischlaf gestatteten (Obwalden). Die Voraussetzung eines bekannten Tatbestandes, oder eine bloss mangelhafte Definition muss als unbedingt ungenügend bezeichnet werden. Der Begriff des Konkubinats hat im Lauf der Zeit sich allzusehr verändert, als dass er einfach als bekannt angenommen werden darf. Die Praxis ist jeweilen eingeschritten und hat in den Motiven zu ihren Urteilen die von ihr verlangten Tatbestandsmomente festgelegt. Dazu sind aber immer verschiedene

---

[143] Urteil der Polizeikammer vom 20. Mai 1899, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 35, S. 422.

[144] Urteil der Polizeikammer vom 16. September 1899, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 36, S. 139.

[145] Urteil der Polizeikammer vom 20. Mai 1899, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 35, S. 422.

[146] Urteil der Polizeikammer vom 14. September 1907, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 44, S. 268.

[147] Urteil der Polizeikammer vom 16. September 1908, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 45, S. 333.

Fälle nötig und so ist dies kaum möglich, ohne dass es zu Fehlurteilen führen muss. Vergleiche darüber eine Beispiel, wo die bernische Polizeikammer ein Brautpaar wegen Konkubinat verurteilte, das auf dem Lande zu Besuch war und dabei eine Nacht das gleiche Zimmer bewohnte[148]. Ebenso das „erwiesenermassen" des Kantons Graubünden ist eine gefährliche Wendung, wenn keine Definition als Basis gegeben ist. Obwalden nähert ich schon mehr einer brauchbareren Lösung, indem wenigstens das Moment der Dauer im „öftern Beischlaf" zum Ausdruck kommt. Dagegen ist das „konkubinatsgemäss" wiederum sehr dehnbar und als ungenügend zu betrachten. Interessant ist ferner, dass die zwei einzigen Kantone, die beim Konkubinat noch Nebenstrafen verhängen, sich beide in dieser letzten Gruppe befinden. Der Kanton Graubünden gestattet die Verweisung aus Kanton oder Kreis bis zu zwei Jahren zu verbinden, wogegen Obwalden die Eingrenzung bis auf 2 Jahre und Einstellung im Aktivbürgerrecht bis auf 4 Jahre vorsieht.

Nach dieser ersten Kategorie von ausschliesslich deutschschweizerischen Kantonen, die den Konkubinat bestrafen, kann eine weitere Reihe aufgestellt werden, welche diese Verbindung nicht als Strafgrund betrachten und dieselbe unberührt lassen.

2. Kategorie. Diese wird gebildet aus den Kantonen, welche den Konkubinat straffrei lassen. Es sind vor allem die romanischen Kantone, die mit den übrigen romanischen Staaten in ihrer Anschauung über den Konkubinat übereinstimmen. So finden wir keine Bestimmung in den Strafgesetzen von Genf von 1874, Neuenburg von 1891, Solothurn von 1885, Waadt von 1843. Der Kanton Aargau bestimmt in § 1 seines Zuchtpolizeigesetzes von 1868:

> „Vergehen gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit werden polizeilich bestraft."

Auf Grund dieses einzigen Paragraphen jedoch ist es nicht möglich, gegen den Konkubinat vorzugehen, was somit die Straflosigkeit für den Konkubinat auch für den Kanton Aargau ergibt.

Zwei weitere Kantone besitzen wohl eine Bestimmung den Konkubinat betreffend, verstehen aber darunter eine Art des Ehebruchs, indem der Ehemann dauernd eine Lebensgefährtin unterhält. Diese Auffassung werden wir noch in andern Ländern antreffen, die unter Konkubinat ebenfalls ein ehebrecherisches Handeln verstehen. Dies dem Konkubinat gleichzustellen ist unbedingt ein Irrtum, indem dieses Verhältnis der Grundidee des Konkubinates

---

[148] Stooss: Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Bd. 2, S. 259.

entgegensteht und unserer heutigen Auffassung entsprechend wäre es richtiger, den Wortlaut etwa so zu fassen: Der Ehemann, der sich eine Maitresse hält etc. ..., womit dann der Konkubinat gar nicht berührt würde. Diese zwei Kantone sind Tessin in seinem Strafgesetz von 1873 in Art. 271 und Freiburg mit seinem Gesetz von 1909, Art. 400, wo das Verhältnis noch im ehelichen Hause unter Erregung öffentlichen Ärgernisses verlangt wird.

Damit wären alle Kantone angeführt, die in diese zwei ersten Kategorien fallen, also den Konkubinat entweder unter Strafe stellen oder aber denselben freilassen. Nun aber sind in beiden Gruppen bloss 13 Kantone eingeschlossen und es muss daher eine weitere Klasse gebildet werden, um die übrigen Kantone mit dem Konkubinat in ein gewisses Verhältnis zu bringen.

3. *Kategorie.* Kantone, die den Konkubinat nicht als Tatbestand ihrer Strafgesetze kennen, ihn aber trotzdem nicht zu gestatten gewillt sind. Die grösste Klasse, welche wir hier vor uns haben, muss in zwei Unterabteilungen zerlegt werden, je nach dem die Kantone sich mit dem Konkubinat auf strafrechtlichem Gebiet befassen oder ob sie denselben zivilrechtlich verbieten. So entstehen zwei Gruppen:

a) Die erste Gruppe wird gebildet aus Kantonen, nach deren Straf- oder Polizeigesetzen man gegen den Konkubinat vorzugehen vermag, indem sie zwar nicht den Konkubinat als solchen unter Strafe stellen, sondern bloss einzelne Handlungen, die bei der Erfüllung des Tatbestandes des Konkubinats notwendigerweise ausgeführt werden müssen. So suchen sie den letztern zu unterdrücken allgemein mit der Bestrafung des ausserehelichen Beischlafs oder im speziellen Fall bei eventuellen ausserehelichen Schwangerschaften.

Appenzell-A.-Rh. bestraft in seinem Strafgesetz von 1878 in Art. 103 „den vollzogenen Beischlaf zweier unverehelichter Personen" mit Busse bis auf 40 Franken, ganz unabhängig davon, ob eine Schwangerschaft der Frau erfolgt war oder nicht.

Appenzell-I.-Rh. bestimmt in seinem Strafgesetz von 1899 in Art. 153:

> „Einfache Unzucht (ausserehelicher Beischlaf) wird an jedem Teil mit 20 bis 50 Franken bestraft.
>
> Die vor der Geburt des Kindes, oder vor der Strafabhandlung des Vergehens erfolgte gesetzliche Verehelichung der Eltern hebt die Strafe auf."

Glarus. Das Strafgesetz von 1899 bestimmt in Art. 87, dass „Weibspersonen, die sich zum zweiten oder mehreren Male ausserehelich schwängern lassen" mit Gefängnis bis zu 6 Monaten zu bestrafen seien.

Nidwalden besitzt kein Strafgesetzbuch, verfügt aber in seinem allgemeinen Gesetzbuch über ein Spezialgesetz betreffend „die Behandlung und Bestrafung ausserehelicher Schwangerschaft und Geburtsfälle". Darnach werden bestraft die einfachen Unzuchtfälle ohne Schwängerung mit einer Geldbusse, welche bei Nichtbezahlung in 3—9 Tage Korrektionshaus umgewandelt wird (§ 21). Liegt eine Erzeugung von Kindern vor, so sollen bei erschwerenden Umständen, so bei öfterem verbotenem Umgang, ganz besonders noch Strafen angewendet werden, die „einen moralischen Wandel einzupflanzen geeignet sein können" und die „den erschwerenden Umständen angemessen gefunden werden".

Uri, das auch kein eigenes Strafgesetz hat, besitzt bloss das Paternitätsgesetz von 1857 und 1872 und bestraft in § 20 mit einer Geldbusse von 20 Franken den ersten Fall einfacher Unzucht an beiden Teilen. Dabei lässt es bereits eine Eingrenzung in der Gemeinde zu[149]. Je nach den Wiederholungen steigern sich die Strafansätze bis sie schon beim 4. Fall krimineller Natur werden und mit Bussen bis zu 400 Franken, Gefängnis bis zu 2 Monaten und Einstellung im Aktivbürgerrecht bis zu 8 Jahren geahndet werden.

Zug bestimmt in seinem Strafgesetz von 1876 in Art. 101 dass, wenn ausserehelicher Schwängerung zum ersten Male eintritt, auf eine Busse bis zu 50 Franken zu erkennen sei, bei Rückfällen steigert sich die Strafe bis auf 4 Wochen Gefängnis.

St. Gallen. Im Strafgesetz von 1866 bestimmt der Kanton in Art. 177, dass einfache Unzucht erstmals mit Polizeibusse von 20—40 Franken, im Rückfall jedoch gerichtlich mit 40 Franken zu bestrafen sei. Ferner kann bei Rückfällen noch neben der Busse Gefängnis bis zu drei Monaten verfügt werden. Die Einrede, dass das Vergehen ausserhalb des Kantons begangen worden, und dass der ordentliche Aufenthaltsort ebenfalls nicht auf Kantonsgebiet gewesen sei, wurde in einem Nachtragsgesetz vom 3. Januar 1917 fallen gelassen. Ferner ist dem Richter durch dieses Gesetz eine bedeutende Freiheit eingeräumt worden, indem er vom Strafverfahren absehen kann, wenn infolge Verführung nur ganz geringes Verschulden der Frau vorliegt oder wenn durch das Vergehen eine Notlage entstanden ist.

Wallis. Der code pénal von 1859 bestimmt in Art. 196 folgendes:

„Celui qui offense publiquement les bonnes mœurs, soit par ... soit en entretenant un commerce illicite avec scandal

[149] Bei Ausländern äussert sich die Eingrenzung in Landesverweisung.

public, est puni par une amende, qui pourra s'élever à 100 francs ou par emprisonnement, qui pourra s'étendre à un mois.

Dans les cas qui offrent peu de gravité, il y aura simplement lieu à une pein de police."

In dieser Gruppe von 8 Kantonen sind die Ansichten verschieden streng, und die Beweise zum Teil schwer zu erbringen, wie z. B. einen vollzogenen Beischlaf, den Appenzell-A.-Rh. verlangt. Nidwalden, Uri, Appenzell-I.-Rh. und St. Gallen bestrafen die einfache Unzucht und steigern die Strafansätze für Rückfälle, während Glarus und Zug sich der Straflosigkeit des Konkubinates nähern, indem sie nur die ausserehelichе Schwängerung unter Strafe stellen. Diese Lösung ist wohl etwas unglücklich, da erstens der weibliche Teil dabei meistens schlechter gestellt sein wird, der durch die Umstände bereits mehr zu leiden hat und dann werden bloss weniger Raffinierte von der Gesetzesvorschrift getroffen, während andere für dasselbe Vergehen, welches sie sogar mit mehr Besonnenheit begehen, ohne Strafe ausgehen. Der Kanton Wallis hat als entscheidendes Moment das öffentliche Ärgernis gewählt, eine Ansicht, die schon im 18. Jahrhundert in Tatbeständen des Konkubinates figurierte. St. Gallen und die beiden Appenzell sehen ausserdem noch vor, die Aufhebung des Strafverfahrens oder der Strafe selbst, wenn die beiden Fehlbaren miteinander die Ehe eingehen.

b) Die letzte Gruppe von Kantonen hat darauf verzichtet, in die Strafgesetze Bestimmungen aufzunehmen, die zur Bestrafung des Konkubinates dienen könnten, ohne aber die Absicht zu haben, dieses ausserehelichе Verhältnis dadurch zu fördern. Den Weg, welchen die Gesetzgeber dieser Kantone einschlugen, war bloss ein anderer, sollte aber ebenfalls zum Verbot, resp. zur Bestrafung des Konkubinates führen. Um die Strafgesetze nicht unnötig mit Tatbeständen zu überlasten, besonders mit solchen, deren Beweiserbringung äusserst schwierig erscheint, haben alle diese Kantone den Konkubinat in ihren privatrechtlichen Gesetzbüchern mit Verbot belegt, und die behördliche Trennung beider Personen vorgesehen. Dazu wurde eine Bestimmung in die Strafgesetze aufgenommen, die ganz allgemein zur Aufrechterhaltung von behördlichen Verfügungen dient. So verbieten sie zivilrechtlich den Konkubinat kurzerhand und ordnen die Trennung an. Falls die beiden Personen es verweigern sich zu trennen, so steht dann dem Staat die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen offen.

Vor Erlass des schweizerischen ZGB hatten bloss 2 Kantone ein Verbot in ihren privatrechtlichen Gesetzen aufgenommen.

Zürich. In seinem privatrechtlichen Gesetzbuch von 1856 wurde der Konkubinat in den § § 114 und 115 verboten und die kirchlichen Behörden verpflichtet, sobald sie von solchen Verhältnissen Kenntnis erhielten, dieselben anzuzeigen. Im Jahre 1887 fand eine Revision dieses Gesetzes statt und dabei wurden die kirchlichen Behörden als Anzeigestelle fallen gelassen, im übrigen aber die Fassung des früheren Gesetzes beibehalten im § 646:

„Der Konkubinat ist untersagt. Die Gemeinderäte sind verpflichtet, sobald ein solcher Fall zu ihrer Kenntnis gelangt, hiervon dem Statthalteramte Mitteilung zu machen, welches die erforderlichen Verfügungen zur Aufhebung des Verhältnisses, unter Androhung strafrechtlicher Verfolgung wegen Ungehorsam erlässt."

Thurgau bestimmte in seinem zivilrechtlichen Gesetzbuch von 1860 und 1885 im § 129, dass „eine nichtige Ehe und der Konkubinat von Staates wegen nicht zu dulden seien", und verlangt eine Überweisung der Schuldigen an die Gerichte zur Trennung, respektive Bestrafung.

Als nun das schweizerische ZGB und mit ihm die kantonalen Einführungsgesetze erlassen wurden, schlossen sich noch andere Kantone an, um zivilrechtlich gegen den Konkubinat vorzugehen.

Appenzell I.-Rh. Sein EG zum ZGB verbietet in Art. 38 den Konkubinat, und schreibt die Anzeigepflicht der Bezirksvorstände an die kantonale Polizei vor. Diese ist dann zur Aufhebung des Verhältnisses kompetent.

Basel-Land. Auch hier gibt das EG zum ZGB in § 59 dem Statthalteramt die Macht, solche Verhältnisse aufzuheben, unter Androhung strafrechtlicher Verfolgung bei Nichtbeachtung des Befehls. Als Anzeigungsorgane sind Gemeinderäte und Ortspolizei vorgesehen.

Schwyz. Nach diesem EG zum ZGB § 116 sind die Gemeindepräsidenten zur Anzeige verpflichtet und die Bezirksämter sind aufhebendes Organ.

Thurgau. Auch dieser Kanton benützte das EG zum ZGB um die den Konkubinat betreffende Bestimmung seines privatrechtrechtlichen Gesetzbuches abzuändern und bestimmt in § 43 „die Unterdrückung des Konkubinates", wonach „Personen, die im Konkubinat leben", zur Trennung aufzufordern und bei Nichtbefolgung vom Bezirksbeamten dem Strafrichter zu überweisen seien.

Zürich. Dieser Kanton ergriff die Gelegenheit, um sein radikales Verbot des Konkubinates ein wenig abzuschwächen. Wohl wurde der § 646 des Gesetzbuches von 1856 und 1887 im EG zum

ZGB als § 123 wieder aufgenommen, aber mit dem Hinzutritt zweier neuer Abschnitte:

„Werden durch das Konkubinatsverhältnis keine familienrechtlichen Pflichten verletzt, so kann das Verbot und die Bestrafung unterbleiben, sofern die Eingehung der Ehe wegen eines in der Gesetzgebung des Heimatstaates begründeten Hindernisses unmöglich ist, das im schweizerischen Recht nicht besteht. Dies kann namentlich dann geschehen, wenn aus dem Verhältnis Kinder hervorgegangen sind, deren Unterhalt und Erziehung zu keinerlei Klagen Anlass geben, und wenn die Verzeigten nicht früher im Konkubinatsverhältnis gelebt haben.

Verfügungen des Statthalteramtes, durch die auf das Verbot von Konkubinatsverhältnissen verzichtet wird, sind der Justizdirektion zur Genehmigung vorzulegen."

Diese beiden Zusätze waren aber den Feinden des Konkubinates schon zu weitgehend und obgleich nur wenige Konkubinatsverhältnisse durch diese Erweiterung geschützt wurden, verlangte schon im Jahre 1913 eine Volksinitiative die alte Form wieder, d. h den § 123 ohne die beiden Zusätze, was denn auch am 13. April 1913 in einer Volksabstimmung bestätigt wurde. Und so erhielt der § 123 des EG wieder die Fassung des § 646 des alten Gesetzes durch Kantonsratsbeschluss vom 23. April 1913 durch Streichung der Absätze 2 und 3.

Diese letzte Gruppe, welche den Konkubinat nur indirekt bestraft, d. h. wenn der Befehl sich zu trennen nicht ausgeführt wird, verfolgt trotzdem den Zweck, diese Geschlechtsverbindung zu unterdrücken, obschon die Strafe eine Folge der Nichtbeachtung einer behördlichen Verfügung ist.

Es ist zu bemerken, dass der Kanton Appenzell-I.-Rh. in beiden Gruppen der letzten Kategorie vertreten ist, indem er sowohl auf strafrechtlichem Wege, wie im Zivilrecht, gegen den Konkubinat vorzugehen imstande ist.

Um den Konkubinat zivilrechtlich zu unterdrücken, müssen verschiedene Punkte zuerst erfüllt werden. Einmal muss ein Verhältnis vorliegen, das geeignet ist als Konkubinat bezeichnet zu werden, worüber die Ansichten auseinandergehen können, da eine präzise Begriffsbestimmung fehlt. Hernach muss eine lokale Behörde, sei es Gemeinderat oder Polizeiorgane, davon Kenntnis erhalten, und nach der gesetzlichen Anzeigepflicht muss dieses Organ der vom Gesetz als kompetent bezeichneten Amtsstelle Mitteilung machen. Erst diese Instanz schreitet dann gegen den Konkubinat ein, mit der einfachen Aufforderung an beide Personen, sich zu trennen. Wird

diesem Befehl keine Folge geleistet, so tritt erst dann ein strafrechtliches Verfahren ein,und zwar nicht mehr direkt gegen den Konkubinat, sondern wegen Ungehorsam und Nichtbefolgung amtlicher Verfügungen. In der Regel wird das Verfahren noch dadurch verzögert, dass eine Beschwerdefrist abgelaufen sein muss, sei es unbenützt oder aber mit endgültigem behördlichem Entscheid, der die die Beschwerde als unbegründet abweist. Dass dieses Verfahren langsam und unpraktisch ist, erscheint zweifellos, denn von der Entdeckung bis zur Mitteilung werden sich die Fehlbaren immer rechtzeitig in einen Zustand begeben können, der zu keinerlei Kritik Anlass geben kann. Dies ist es ja vielleicht auch, das die Gesetzgeber veranlasst hat,diese Art der Unterdrückung des Konkubinates zu erwählen, weil dadurch Freunde und Feinde dieser Geschlechtsverbindung auf ihre Rechnung kommen.

Der Vollständigkeit halber müssen wir noch die Strafgesetze der Kantone dieser Gruppe durchnehmen, um die Bestimmungen nach dem Tatbestand des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen hin zu untersuchen. Viele der kantonalen Strafgesetze kennen diesen Tatbestand als Strafandrohung, um ganz allgemein das Ansehen der Behörden zu unterstützen. Von den in Frage kommenden fünf Kantonen besitzen vier diese Bestimmung. Einzig der Kanton Schwyz kennt sie nicht.

Z ü r i c h. Das Strafgesetz von 1897 bestimmt in Art. 80 folgendes:

> „Ungehorsam gegen amtliche von kompetenter Stelle erlassene Verfügungen wird, wenn in der Verfügung für den Fall des Ungehorsams die Überweisung an die Gerichte angedroht war, mit Gefängnis bis zu einem Monat, womit Geldbusse bis zu 200 Franken zu verbinden ist, bestraft. In geringfügigen Fällen kann auch nur auf Geldbusse erkannt werden."

T h u r g a u. Hier ist es der Art. 250 im Strafgesetz von 1841, revidiert im Jahre 1860. Dieser Kanton stellt das gleiche Strafmass wie Zürich auf und nennt die Nichtbefolgung eines amtlichen Befehls ein strafgerichtlich zu beurteilendes Vergehen, wenn diese für Staat oder Privatpersonen einen Rechtsnachteil zur Folge hat, oder wenn in der Verfügung die Überweisung an die Strafgerichte angedroht war.

B a s e l - L a n d sieht in seinem Strafgesetz von 1873 in Art. 52 vor, denjenigen, der den „Verfügungen, welche von einer Behörde oder einem Beamten innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen sind, keine Folge leistet", mit Gefängnis bis zu 6 Monaten und mit Geldbusse bis zu 2000 Franken zu bestrafen.

Appenzell-I.-Rh. Dieser Kanton ist in seiner Strafzumessung bedeutend milder und bestraft nach seinem Strafgesetz von 1899, Art. 45, „den Ungehorsam gegen amtliche, verfassungsgemäss erlassene Verfügungen" mit Busse von 10—100 Franken, für schwere Fälle mit Gefängnis bis auf 10 Tage, oder mit Verbindung beider Strafarten. Die gerichtliche Verfolgung und Bestrafung muss aber im speziellen Fall bei Nichtbefolgung angedroht sein.

Dies sind die vier Kantone, also die ganze letzte Gruppe ausser Schwyz, die den Konkubinat mit Hilfe des Strafrechts auf zivilrechtlichem Wege zu unterdrücken suchen, was den Vorteil hat, dass Gegner und Anhänger des Konkubinats dadurch befriedigt werden. Die Möglichkeiten über einen Fall zu urteilen sind zahlreich, je nach den Personen und Umständen, die zum Konkubinat führten, und nach der Zusammensetzung der zur Aufhebung des Verhältnisses kompetenten Behörden. Aus diesen Gründen ist es nicht undenkbar, dass im Falle der schweizerische Strafgesetzentwurf einmal Gesetz werden sollte, noch andere Kantone zu dieser Lösung greifen würden, da ja der Entwurf in Art. 338 den Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen auch vorgesehen hat. Es stehen aber trotzdem dieser liberalen Lösung zwei mir bemerkenswert erscheinende Einwände entgegen: Entweder haben sich nämlich die im Konkubinat Lebenden eines Vergehens schuldig gemacht, und dann sollen sie auch bestraft werden, oder aber dieses Verhältnis wird nicht als Vergehen betrachtet und dann hat der Staat kein Recht, die Freiheit des einzelnen Individuums bis auf diese Einzelheiten hin zu beschränken. Ferner wird kurzweg der Konkubinat verboten, und es bleibt der Praxis überlassen, nähere Begriffsbestimmungen zu formulieren, was mit dem Wechsel der Zivilbehörden eventuellen Änderungen unterworfen ist. Auch mit der vom Gesetz festgelegten Anzeigepflicht besteht keine Gewähr auf zuverlässige Erledigung der Fälle, die bekannt werden, oder bekannt sein könnten, während bei einer strafrechtlichen Verfolgung der Gesetzgeber den Begriff möglichst genau aufstellen muss, wodurch eben diese Gewähr einer richtigen und gerechten Erfassung viel eher gegeben ist.

Nachdem nun die Behandlung des Konkubinates in den verschiedenen Kantonen vergleichend dargestellt worden ist, sind noch einige Punkte zusammenfassend zu erwähnen. Nach der Mehrzahl der kantonalen Gesetze ist es auf irgendeine Weise möglich, einem bestehenden Konkubinatsverhältnis entgegenzutreten, sei es durch direktes strafrechtliches Verbot, oder durch indirekte Bestrafung. Im allgemeinen besteht eine Teilung in der Meinung, ob der Konkubinat unter Strafe zu stellen sei oder nicht, die fast identisch ist mit dem Unter-

schied der Mentalität der Kantone. Von denen, die den Konkubinat straflos lassen, sind doch 71% romanischen Charakters, was eine überwiegende Mehrheit bedeutet. Im Strafmass sind die 72% der Kantone, die den Konkubinat bestrafen, so verschieden, dass sich eine Klassierung in dieser Hinsicht nicht vornehmen lässt. So besitzt Appenzell-I.-Rh. Geldbusse von 10—100 Franken oder Gefängnis bis zu 10 Tagen, während Basel-Land Busse bis zu 2000 Franken oder Gefängnis bis zu 6 Monaten vorsieht, also eine ziemliche Spanne. Auch den Begriff des Konkubinates fassen die Kantone so grundverschieden auf, dass sich keine allgemeine Definition für das schweizerische Recht aufstellen lässt. Die Kantone, welche den Begriff in ihren Tatbeständen aufgenommen haben sind nur wenige, und die übrigen haben ihn als bekannt vorausgesetzt. Was das aber für Gefahren bietet, ist nicht schwer auszudenken,da das „allgemein bekannt sein" sich einzig und allein auf die Volkstradition stützt, und Ausdrücke wie „konkubinatsgemäss" oder „erwiesenermassen im Konkubinat leben" sehr dehnbare Begriffe sind. Daher hat es auch keinen Zweck, bloss auf Grund des schweizerischen Rechtes schon eine allgemeine Definition des Konkubinates zusammenzustellen, und als einziges Moment, das alle Kantone universell betrifft, ist bloss die Wirkung zu erwähnen, die der Staat mit seinem Verbot, resp. mit seiner Strafandrohung verfolgt. Diese besteht darin, die Trennung beider wider Sitte und Moral Zusammenlebenden zu erlangen. Dem Wesen des Konkubinates entsprechend muss diese Trennung äusserlich wahrnehmbar sein, d. h. sie muss bestehen im konkreten Auseinandergehen beider Personen, die auf ihre gemeinsame Wohnung verzichten. Weiter darf der Staat nicht gehen; so ist nach der Ansicht des Bundesgerichts der Tatbestand des Konkubinats durch blossen Besuch, trotzdem dieser auch häufig ist, nicht gegeben[150]. Auch eine eingehendere Regelung des Verkehrs zwischen zwei Personen, oder eine Art Besuchsaufsicht und dergleichen ist der Staat nicht berechtigt zu verfügen[151]. Immer aber wird die Trennung verlangt, sei es durch ein Urteil bei einer strafrechtlichen Verfolgung des Falles, was selbstverständlich ist, da das Verhältnis ja der Anlass zur Strafverfolgung gewesen war, sei es durch zivilrechtlichen Trennungsbefehl, der einem eventuell nachfolgenden Strafverfahren vorangeht.

Nach dieser Mannigfaltigkeit der kantonalen Ansichten über den Konkubinat ist es wohl interessant, sich kurz über die Behandlung des Konkubinats im schweizerischen Entwurf zu orientieren und zu untersuchen, für welche Richtung sich die Vertreter der verschiedenen Kantone schliesslich einigten.

---

[150] Entscheide des Bundesgerichts, amtliche Sammlung, Bd. 31, I, Nr. 52.
[151] Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Bd. 1, S. 236.

§ 15. Der schweizerische Strafgesetz-Entwurf.

Über die langwierigen und mühevollen Vorarbeiten für den Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches hier Bericht zu erstatten, hat weiter keinen Wert. Der Entwurf, der bis heute nicht Gesetz geworden ist, hat zu vielen Verhandlungen Anlass gegeben, denn wo könnte es schwieriger sein als da, wo so verschiedene Ansichten und Sitten bestehen, diese alle in einzelne Artikel zur Zufriedenheit aller zusammenzufassen. Auch der Konkubinat, wie viele andere Punkte, musste zu Schwierigkeiten Anlass geben, wenn wir bedenken, wie die kantonalen Auffassungen auseinandergehen.

Im Jahre 1894 legte Prof. Stooss nach Beendigung seiner weitläufigen Vorarbeiten dem Bundesrat seinen ersten Entwurf vor, der noch im selben Jahre einer grossen Expertenkommission zur Beratung übergeben wurde. In diesem ersten Entwurf war ein Art. 202 folgenden Inhaltes aufgenommen worden:

„Personen, welche, polizeilicher Mahnung ungeachtet, wie Eheleute zusammenwohnen, werden mit Haft bestraft."

Mit der Aufnahme dieses Tatbestandes hatte der Verfasser gehofft, möglichst allen Richtungen zu entsprechen, indem er den Konkubinat einerseits bestrafte, anderseits der Bestrafung eine polizeiliche Mahnung, das Verhältnis aufzulösen, vorangehen liess. Auch das Strafmass war so gewählt worden, dass es sich auf einer ziemlich ausgeglichenen neutralen Basis zwischen den verschiedenen Ansichten bewegte. Dieser mit viel Geschick formulierte Artikel sollte jedoch nicht lange bestehen bleiben, denn bereits in der Lesung von 1895 wurde beantragt, diesen Artikel aus dem Entwurf zu streichen. In den Verhandlungen[152] legte Prof. Stooss dar, wie unpolitisch eine Streichung wäre, in Anbetracht der endgültigen Volksabstimmung, da doch die grosse Mehrzahl der Kantone den Konkubinat untersage, und besonders die Landbevölkerung durch eine Straflosigkeit verletzt werden könnte, die mehr Einsicht habe in die Lebensweise ihrer Nachbarn, als dies in Städten und grössern Ortschaften möglich sei. So wurde der Antrag auf Streichung dieses Artikels vereitelt. Und nun war es der Angriff der Kantone, die den Konkubinat straflos lassen, die auch in dieser Expertenkommission vertreten waren. So war es namentlich Prof. Gautier aus Genf, der die Ansichten seines Kantons und dessen Anhänger vertrat und der Expertenkommission dartat, dass eine Bestrafung des Konkubinates nie verständlich sein würde. Ferner erachte er, dass ein Gesetz dem Bürger die Freiheit lassen müsse, in seinem Haus ungestört leben zu können[153]. Das führte

[152] Verhandlungen, Teil II, S. 316.
[153] Gautier: Revue de morale sociale, Bd. 2, S. 63.

zur Annahme seines Vorschlags den Artikel zu streichen, und den Konkubinat als Polizeidelikt den Kantonen zur Regelung zu überlassen.

Im Jahre 1913 gab in der zweiten grossen Expertenkommission der Konkubinat wieder zu Verhandlungen Anlass. Auf die früher stattgefundenen Beratungen Bezug nehmend, beantragen einige Vertreter der katholisch-konservativen Partei, den Konkubinat doch in den Entwurf aufzunehmen, sei es auch nur als Übertretung. Sie suchten klar zu machen, dass in der ganzen Zentralschweiz, wo einzelne Handlungen des Konkubinates selbst unter Strafe stünden, eine Straflosigkeit des Konkubinates unverständlich bliebe, und erklärten den Konkubinat als ein unsittliches Verhältnis, das aus sozialen Gründen und zum Schutze der Ehe zu bestrafen sei. Deshalb lautete ihr Antrag folgenden Artikel aufzunehmen:

> „Personen, welche in ausserehelicher Geschlechtsverbindung in einer Wohnung zusammenleben, werden mit Gefängnis bis auf einen Monat oder mit Haft bestraft."

Die Anhänger des Konkubinates traten sofort gegen diesen Antrag auf und Männer wie Zürcher[154] und Gautier[155] vertraten die Meinung, der sich übrigens auch Mittermaier[156] angeschlossen hatte, der Konkubinat sei für viele Leute ein Ersatz, der aus irgendwelchen Gründen nicht eingehbaren Ehe und sei doch die höchststehende der ausserehelichen Verbindungen. Eine Einigung konnte auch diesmal nicht erzielt werden, diesen Artikel aufzunehmen, und der Antrag wurde zurückgezogen. Protokolliert wurde, dass die Meinung der Expertenkommission dahin gehe, den Konkubinat den kantonalen Gesetzen zur Erledigung zu überlassen, mit der einzigen Bedingung, dass der Konkubinat als Polizeiübertretung aufzufassen sei und daher nur mit entsprechenden Polizeistrafen geahndet werden dürfe[157].

In dem Sinne wurde auch im Jahre 1916 dem Bundesrat der bereinigte Vorentwurf vorgelegt. Der Konkubinat figuriert nicht darin, und es ist den Kantonen überlassen, ihn unter Strafe zu stellen oder nicht. Ob und wann dieser Entwurf Gesetz wird, bleibt fraglich, und zudem können die gesetzgebenden Behörden noch ihre Änderungen treffen. Meines Erachtens aber geht die Tendenz immer mehr der Strafloserklärung des Konkubinats entgegen, so dass kaum eine Änderung zu erwarten ist, die den Konkubinat im künftigen schweizerischen Strafgesetz wieder als Straftatbestand aufnehmen wird.

---

[154] Zürcher: Revue de morale sociale, Bd. 1, S. 144.
[155] Siehe Anmerkung 153, Bd. 2, S. 60.
[156] Mittermaier: Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht, Bd. 20, S. 217 ff.
[157] Protokoll, Bd. 7, S. 209.

5. ABSCHNITT: ÜBRIGE STAATEN.

§ 16. Deutschland.

Die deutschen Staaten sind wohl die Träger der Ansicht, der Konkubinat sei zu bestrafen, und daher ist es nötig, sich mit ihren Gesetzgebungen seit dem letzten Jahrhundert ein wenig eingehender zu befassen. Es war Deutschland, welches in dieser Richtung einzelne in ihren Strafgesetzen beeinflusst hatte, und nicht nur in der Schweiz, sondern auch in den wenigen Ländern um Deutschland herum, die Massnahmen gegen den Konkubinat ergriffen, hatte Deutschland seinen Einfluss geltend gemacht.

Im Strafgesetzbuch von 1871 konnte man den Konkubinat weder unter den § 183 subsumieren, noch ihn als Erregung öffentlichen Ärgernisses durch unzüchtige Handlungen im allgemeinen bezeichnen. Der Gesetzgeber des Strafgesetzbuches hat zum Konkubinat gar nicht Stellung genommen, so dass ohne weiteres angenommen werden kann, er habe dies den einzelnen Staaten überlassen wollen. Aber da das Reichsstrafgesetzbuch eingehend alle Materien ordnet, den Konkubinat aber übergangen hat, glaubte man nach dessen Erlass, der Konkubinat sei von Reichs wegen straflos und eventuelle Bestimmungen gegen denselben seien eine Kompetenzüberschreitung der Einzelstaaten. Diese Meinung vertraten unter andern auch Liszt, Mittermaier und Binding[158], aber das Reichsgericht hat die gegenteilige Ansicht als richtig, und die Staaten durch einen Entscheid als kompetent erklärt, ihrerseits unabhängig vom Reichsrecht gegen den Konkubinat Bestimmungen aufzustellen und das Verhältnis in ihrem Gebiet strafrechtlich zu verfolgen[159]. Die Folge dieser Ansicht ist besonders deutlich in Bayern erkennbar.

Eine einfache Zusammenstellung der Gesetze dieser Staaten, die sich mit dem Konkubinat abgeben, zeigt uns am deutlichsten, dass eine nicht geringe Anzahl sich damit befasst hat.

Bayern[160]. Im Jahre 1813 nahm Feuerbach keine Bestimmung auf, die den Konkubinat betraf, mit der Begründung, dass „solange damit keine Verletzung der Rechte des Staates oder eines Privaten verbunden sei, er ausser der Sphäre eines Strafgesetzbuches

---

[158] Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 350; Mittermaier: Vergleichende Darstellung, bes. Teil, Bd. 4, S. 171 ff.; Binding: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 196.

[159] Entscheide des Reichsgerichts in Strafsachen: Bd. 33, S. 273—275.

[160] Viele der Mitteilungen wurden freundlichst zusammengestellt vom Generalkonsulat der Schweiz in München.

liege". Aber im Entwurf zu einem Strafgesetzbuch von 1822 in Art. 313 und dann im bereinigten Entwurf von 1827 in Art. 199 wurden Bestimmungen über den Konkubinat aufgenommen, und zwar:

„Personen, welche in ausserehelicher Verbindung als Mann und Frau in einem Hause zusammenleben, und dadurch Beschwerde und Unordnung verursachen, sind mit Arrest bis zu 2 Wochen zu bestrafen und voneinander zu trennen." (Art. 313.)

Auch der Art. 199 stand unter den Polizeiübertretungen und lautete:

„Personen, welche zu öffentlichem Ärgernis in ausserehelicher Verbindung als Mann und Frau in einem Hause zusammenleben, sind mit Arrest bis zu 2 Wochen zu bestrafen und voneinander zu trennen.

Im Rückfall werden sie neben der Strafe unter die besondere Polizeiaufsicht gestellt."[161]

Im Entwurf von 1831 wurde der Art. 199 aufgenommen. Es folgten weitere Entwürfe zu einem Polizeistrafgesetzbuch, die ebenfalls alle eine gleichartige Bestimmung aufnahmen. So der von 1851 mit dem Art. 83:

„Personen, welche in ausserehelicher Verbindung in einer Wohnung zusammenleben, sind an Geld bis zu 50 Fl. und nach fruchtlos vorausgegangener polizeilicher Verwarnung mit Arrest bis zu 14 Tagen zu bestrafen.

Wird die Übertretung nach erfolgtem Strafurteil fortgesetzt, so tritt Arreststrafe bis zu einem Monat ein; neben der Strafe kann nach Umständen auf Stellung unter Polizeiaufsicht erkannt werden.

Unabhängig von der Strafverfolgung steht der Polizeibehörde die Befugnis zu, die in unerlaubter Verbindung Zusammenlebenden zu trennen."

Vier Jahre später war es der Art. 89, der über den Konkubinat handelte. Es war eine Kopie des Entwurfes von 1851 mit der Abänderung, dass der Bestrafung keine polizeiliche Verwarnung vorausgeschickt zu werden brauchte. Ferner wurde in Absatz 3 die Polizeibehörde verpflichtet, die Trennung beider Personen vorzunehmen. Der Entwurf von 1859 stellte sich wieder auf die Basis von 1851 und nahm eine ähnliche Bestimmung in Art. 100 auf:

---

[161] Verhandlungen der 2. Kammer der bayrischen Ständeversammlung, 1827/28, Beilage 9, S. 198.

„Personen, welche in ausserehelicher Geschlechtsverbindung in einer Wohnung zusammenleben, werden nach fruchtlos vorausgegangener polizeilicher Warnung mit Arrest bis zu 14 Tagen, oder an Geld bis zu 50 Fl. gestraft.

Wird die Polizeiübertretung nach erfolgter Bestrafung fortgesetzt, so tritt Arrest bis zu 30 Tagen ein, und kann auf Stellung unter Polizeiaufsicht erkannt werden.

Unabhänig von der Strafverfolgung bleibt der Polizeibehörde die Trennung der in unerlaubter Verbindung Zusammenlebenden vorbehalten."

Als endlich das Polizeigesetzbuch vom 10. November 1864 Gesetz wurde, regelte der Art. 95 den Konkubinat folgendermassen:

„Personen, welche in fortgesetzter ausserehelicher Geschlechtsverbindung in einer Wohnung zusammenleben, sind an Geld bis zu 25 Fl. oder mit Arrest bis zu 8 Tagen zu strafen und voneinander zu trennen."

Als nun nach dem Erlass des Reichsstrafgesetzbuches das Polizeigesetz einer Revision unterzogen wurde, liess man den Art. 95 fallen, in der Meinung, das Reichsgesetzbuch habe den Konkubinat beiseite gelassen mit der Absicht, ihn dadurch für das Reichsgebiet als straflos zu erklären. Aber schon nach einigen Jahren zeigte sich doch eine Notwendigkeit, solche Geschlechtsverbindungen durch Strafandrohungen zu unterdrücken, und die Abgeordneten Bayerns wurden aufgefordert, auf eine diesbezügliche Abänderung des Reichsgesetzes zu wirken[162]. Als aber keine Aussicht auf Erfolg diese Hoffnung unterstützte, erliess Bayern selbst ein Ergänzungsgesetz zu seinem Polizeistrafgesetzbuch am 20. März 1882. Dem Polizeigesetz vom 26. Dezember 1871 wurde der Art. 50a eingeschoben, wodurch der Konkubinat wieder als unerlaubtes Verhältnis klassiert wurde:

„Personen, welche durch fortgesetztes häusliches Zusammenleben in ausserehelicher Geschlechtsverbindung zu öffentlichem Ärgernis Veranlassung geben, werden an Geld bis zu 45 M. oder mit Haft bis zu 8 Tagen, im Wiederholungsfalle an Geld bis zu 150 M. oder mit Haft bestraft, und sind durch die Polizeibehörde voneinander zu trennen."

Der Tatbestand, welchen das bayrische Gesetz aufgestellt hat, ist sehr eingehend ausgearbeitet. So wird einmal ein fortgesetztes Handeln verlangt, was allerdings im Grund genommen schon durch das häusliche Zusammenleben erfüllt wird. Dieses letztere wird in

[162] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayrischen Landtages 1881/82, Bd. 2, S. 96.

Bayern angenommen, ohne dass die Beteiligten tatsächlich in einer Wohnung leben, ein Bewohnen verschiedener Teile ein und desselben Anwesens genügt, um den Beteiligten Gelegenheit zu geben, im Konkubinat zu leben[163]. Auch der Umstand, dass die Wohnung in einem andern Stockwerk desselben Hauses sich befindet, schliesst ein Konkubinatsverhältnis nicht aus[164]. Es sollen aber dabei nicht einfache Liebesverhältnisse unter den Begriff des Konkubinats subsumiert werden; so besorgte z. B. eine Frau tagsüber den Haushalt bei einem Manne, woraus sich ein Liebesverhältnis entwickelte, das mit der Geburt zweier Kinder endete. Ihre Wohnung war jedoch anderswo, und so hat das Bezirksgericht München in seinem Urteil vom 2. Juni 1869 die Erfüllung des Tatbestandes des Konkubinats verneint[165]. Nach dem Gesetz von 1882 wurde dann das „in einer Wohnung" der früheren Praxis entsprechend fallen gelassen. Um die ausserehelliche Geschlechtsverbindung erfüllt zu haben, erachteten die bayrischen Gerichte nicht für notwendig, dass einzelne Beischlafsakte erwiesen seien, sondern ein konkludentes Verhalten wurde als genügend betrachtet. Selbst wenn die Fehlbaren in verschiedenen Schlafräumen wohnten, so schloss dies ein Konkubinat nicht aus, da ja auch Eheleute oft verschiedene Zimmer bewohnen[166]. Die neue Fassung des Artikels über den Konkubinat nahm auch das öffentliche Ärgernis auf, und zwar ist es dabei nicht nötig, dass Personen Anstoss am Verhältnis genommen haben, sondern es genügt die Möglichkeit, dass eventuell Ärgernis entstehen könnte, wodurch viele etwas stillere Konkubinatsverhältnisse ebenfalls mit Hilfe dieses Tatbestandsmerkmales erfasst werden können[167]. Es genügt also eine Verbindung, die geeignet ist, zu öffentlichem Ärgernis Anlass zu geben, um zur Bestrafung vorzugehen, und die Untersuchung, ob wirklich jemand Anstoss genommen hat, und wieviele Sittlichkeitsgefühle verletzt sein müssen, damit ein öf-

---

[163] Vortrag von Ober-Landesgerichtspräsident von Haubenschmied in den Verhandlungen der Kammer der Reichsräte Bayerns, 1881/82, Beilagen, Bd. 1, Seite 509.

[164] Erkenntnis des Stadtgerichts München vom 2. März 1863. — Erkenntnis des bayrischen Kassationshofes vom 14. Oktober 1865. — Erkenntnis des bayrischen Kassationshofes vom 24. August 1864. — Alle 3 in Stengleins Zeitschrift, Bd. 3, S. 148; 5, 106; 7, 58.

[165] Stengleins Zeitschrift, Bd. 8, S. 364. — Ähnliche Urteile des Stadtgerichts München vom 22. September 1863, und des Bezirksgerichts München von 1865, in derselben Zeitschrift, Bd. 3, S. 148 und Bd. 4, S. 60.

[166] Urteil des Bezirksgerichts München von 1865 in Stengleins Zeitschrift, Bd. 4, S. 59. — Urteil des bayrischen Kassationshofes vom 2. August 1887 in Stengleins Zeitschrift, Bd. 7, S. 35.

[167] Bayr. OLG vom 25. Februar 1905.

fentlicher Anstoss genommen worden sei, wird dadurch unnötig. Als Wirkung der Strafverfolgung ist die behördliche Trennung vorgesehen, und zwar nicht nur die Trennung beider ohne weitere Massnahmen, sondern das Verlassen des Hauses mit Umzug ist für eine Partei obligatorisch, während die andere ruhig im Hause belassen wird.

So wie das Königreich Bayern haben sich andere deutsche Staaten verschiedentlich mit dem Konkubinat abgegeben, ohne sich aber auf alle Einzelheiten einzulassen. Eine kürzere Aufzählung und Angabe der Gesetze wird für die übrigen Staaten genügen.

Braunschweig. Durch das Gesetz vom 22. Dezember 1870, das von den Polizeiübertretungen handelt, wurde das alte Polizeistrafgesetzbuch vom 18. August 1855 aufgehoben. Dieses neue Gesetz nahm den § 161 nicht mehr auf, der Personen, die in ausserehelicher Geschlechtsverbindung in einer Wohnung zusammenleben, sowie Hauswirte, die dies gestatteten, mit Geldbusse bis zu 10 Thl. oder Gefängnis bis zu 14 Tagen bestrafte, sofern eine vorausgegangene ortspolizeiliche Warnung erfolglos geblieben war. Wurde das Verhältnis nach der Bestrafung fortgesetzt, so trat eine Verschärfung der Strafansätze ein. Die Polizeibehörde hatte ferner das Recht die Trennung anzuordnen, gleichgültig ob eine Strafverfolgung stattgefunden hatte oder nicht. Bald aber erklärte sich auch Braunschweig mit der Straflosigkeit des Konkubinates nicht mehr einverstanden und am 21. Februar 1872 wurde ein Ergänzungsgesetz geschaffen, welches den Konkubinat wieder unter Strafe stellte, indem es den § 18a einschob:

„Mit Geldstrafe bis 50 Thl. oder Haft bis zu 6 Wochen werden bestraft:

1. Auf Antrag der Ortspolizei, Personen, welche in ausserehelicher Geschlechtsverbindung in einer Wohnung zusammenleben, insofern ortspolizeiliche Warnung fruchtlos vorausgegangen ist.

Die Ortspolizei ist befugt nach rechtskräftiger Verurteilung die zwangsweise Trennung der im Konkubinat lebenden Personen durchzuführen."

Desgleichen wurde der Konkubinat im Polizeistrafgesetzbuch vom 23. März 1899 aufgenommen im § 19 und dieser Paragraph in den spätern Abänderungen des Gesetzes beibehalten[168].

---

[168] Mitteilung des schweizerischen Konsulates in Bremen und des braunschweigischen Ministeriums des Innern.

Nach diesem Tatbestand wird eine Strafverfolgung bloss auf Antrag der Ortspolizei hin vorgenommen, was unter Umständen keine vollständige Garantie gibt, dass alle Konkubinatsverhältnisse gleich behandelt werden. Ferner wird diese Unsicherheit dadurch verstärkt, dass ebenfalls als Voraussetzung eine fruchtlos vorausgegangene polizeiliche Warnung verlangt wird. Somit sind in Braunschweig für diese Übertretung die Gerichte von den Polizeibehörden abhängig, was bei mehr oder weniger Pflichtgefühl der Polizeibeamten eine ungleiche Gewähr bietet für die Erledigung der Fälle. Das Hauptmoment dieses Tatbestandes bildet das Zusammenleben mit Geschlechtsverkehr in einer Wohnung. Der Zusatz „in einer Wohnung" bietet die Gelegenheit der Umgehung des Gesetzes, was allerdings durch extensive Interpretation etwas korrigiert werden kann. Vom öffentlichen Anstoss, den die Mitmenschen am Konkubinat nehmen können, sagt das Gesetz nichts. Dies wird ersetzt durch die Warnung der Polizeibehörden, die als Vertreter der übrigen Mitwelt bei dazu geeigneten Verhältnissen einzuschreiten berechtigt sind. Zum Schluss ist die Polizeibehörde noch befugt, wenn eine Verurteilung stattgefunden hat, die Personen zu trennen, und zwar zwangsweise und im Unterschiede zu den andern Staaten, welche die Trennung nicht von einer Strafverfolgung abhängig machen. Dabei ist in Braunschweig der Auszug aus dem Hause nicht obligatorisch, und es genügt, dass die gemeinsame Wohnung aufgegeben wird[169]. Im allgemeinen resultiert aus alledem eine grosse Kompetenz der Polizeibehörden, was z. B. in Bayern absichtlich zu vermeiden versucht wurde, um die Willkür einzudämmen.

Hessen[170]. Schon im Polizeistrafgesetz vom 2. November 1847 war der Art. 206 aufgenommen worden, der den Konkubinat betraf. Der gleiche Wortlaut fand sich wieder im spätern Polizeistrafgesetzbuch vom 30. Oktober 1855 in Art. 211, der sich nur vom spätern Gesetz von 1871 durch zwei unwesentliche Korrekturen unterschied, also sozusagen noch einmal wörtlich übernommen wurde. Während nämlich das Gesetz von 1855 von Geldbusse und Gefängnis spricht, nennt das spätere als ganzen Unterschied die Strafansätze Geldstrafe und Haft. Als nun nach Erlass des Reichsstrafgesetzbuches das neue Polizeistrafgesetzbuch am 10. Oktober 1871 in Kraft trat, wurde der Art. 211 mit der eben genannten kleinen Änderung wieder übernommen:

---

[169] Harburger: Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 4, S. 514.
[170] Mitteilungen des schweizerischen Konsulates in Frankfurt a. M. und des hessischen Polizeiamtes in Darmstadt.

„Personen, welche auf eine öffentliches Ärgernis erregende Weise in einer Wohnung miteinander in ausserehelicher Verbindung wie Eheleute leben, mögen sie die Absicht haben künftig eine Ehe einzugehen oder nicht, sind nach erfolglos vorausgegangener Warnung durch die Polizeiverwaltungsbehörden mit Geldstrafe von 5—15 Fl. oder mit Haft von 8—14 Tagen zu bestrafen."

Das Gesetz von Hessen ist eines von denen, die als einen wichtigen Faktor die Erregung öffentlichen Ärgernisses in den Vordergrund stellen, wodurch allerdings der Kreis der darunter fallenden Konkubinatsverhältnisse schon etwas verkleinert wird. Es muss sich tatsächlich, damit ein vollständiger Beweis erbracht sei, jemand am Zusammenleben beider Personen gestossen haben, was bei etwas geschickt verfahrenden Menschen vermieden werden kann. Das Zusammenleben wird auch hier in einer Wohnung gefordert, jedoch mit dem Unterschied gegenüber der grossen Mehrzahl der andern Staaten, ohne das Erfordernis des geschlechtlichen Verkehrs. Der Schwierigkeit des Beweises wegen hat der Gesetzgeber von Hessen vorgezogen, den Zusatz „wie Eheleute leben", zu wählen um dafür die „Geschlechtsverbindung" beiseite zu lassen. Ferner hat dieses Gesetz noch einen speziellen Zusatz aufgenommen, der die Bestrafung des Konkubinates vorsieht, unabhängig von der Absicht der Beteiligten, ob sie zusammen die Ehe einzugehen beabsichtigten oder nicht. Dies ist wohl deshalb, um die Polizeiorgane vor der Schutzeinrede zu bewahren, dass die Beteiligten demnächst die Ehe zusammen eingehen wollen, Wie in Braunschweig finden wir auch hier die vorgängige polizeiliche Warnung, welche der Strafverfolgung vorangehen muss, eine Vorbedingung, die auch von ausserdeutschen Staaten aufgenommen worden ist, da der Einfachheit halber sich viele Konkubinatsverhältnisse auf die polizeiliche Warnung hin entweder ganz auflösen, oder so verändern, dass die Öffentlichkeit wenigstens für längere Zeit keinen Anstoss mehr nimmt. Dies kann geschehen durch Wechsel der Wohnung oder dergleichen. Dies bedeutet dann eine Verminderung der gerichtlichen Fälle, also eine weniger starke Inanspruchnahme der Gerichte. Über die Trennung beider Personen sagt das Gesetz von Hessen nichts, aber es wird praktisch dennoch nach erfolgter Verurteilung die Trennung vornehmen, um derentwillen ja das ganze Strafverfahren eingeleitet wurde.

W ü r t t e m b e r g. Das Polizeistrafgesetzbuch vom 2. Oktober 1839 kannte den Art. 46, der vom Konkubinat sprach[171]:

[171] Feuerbach: Lehrbuch, S. 370.

„Unverehelichte Personen, welche miteinander in Verbindung wie Eheleute leben, mögen sie dabei die Absicht haben künftig eine Ehe einzugehen oder nicht, sind mit Arrest von 14 Tagen bis 3 Wochen zu belegen. Dabei ist Sorge zu tragen, dass beide Teile ohne Aufschub voneinander getrennt werden."

Dieses Gesetz wurde mit den Änderungen im Polizeistrafrecht durch dasjenige vom 27. Dezember 1871 bis 4. Juli 1898 ersetzt[172], und auch der Artikel über den Konkubinat wurde der modernen Fassung entsprechend abgeändert, so dass der Art. 14 folgendermassen lautete:[173]

„Personen, welche in fortgesetzter ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaft zusammenleben, werden im Falle der Erregung öffentlichen Ärgernisses mit Haft bestraft und sind zu trennen."

Zu diesem neuern Text finden wir eine länger andauernde Gemeinschaft, mit welcher Geschlechtsverkehr verbunden ist, der hier wieder speziell erwähnt wird. Die Verhütung des öffentlichen Ärgernisses ist auch hier massgebend, aber wie in Hessen ersieht man aus dem Wortlaut des Gesetzes, dass tatsächlich Anstoss genommen worden sein muss[174]. Dagegen ist es gleichgültig, ob das Zusammenleben in einer Wohnung stattfindet, und die Polizei ist nicht genötigt, vor dem Einschreiten eine Verwarnung erlassen zu haben, sondern kann direkt mit der Strafverfolgung beginnen. Als Straffolge tritt auch in Württemberg die Trennung beider Personen ein, und als Ausnahme ist hier darauf hinzuweisen, dass gar keine Geldstrafe angedroht ist, sondern die Strafe lediglich in Haft besteht, wodurch eine gleichartige Behandlung aller sozialen Klassen bezweckt wird.

Auch hier wenden die Gerichte praktisch noch hie und da diesen Artikel an; so kam z. B. gerade im Anfang des Monats Januar 1927 ein Konkubinatsfall vor dem Strafsenat des Oberlandgerichtes in Stuttgart zur Beurteilung[175].

B a d e n. Schon in einer Verordnung vom 13. November 1854 wurde der Konkubinat als Übertretung unter Strafe gestellt und später wurde im Polizeistrafgesetzbuch vom 31. Oktober 1863 im § 72 dieses Verhältnis wieder aufgenommen. Nach dem Erlasse des Reichsstrafgesetzbuches kam am 27. Dezember 1871 eine amt-

[172] Veröffentlichungen im württembergischen Regierungsblatt, 1871, S. 391 und 1898, S. 149.

[173] Mitteilung des schweizerischen Konsulates in Stuttgart.

[174] Vgl. die Bemerkungen zum Gesetz von Hessen.

[175] Mitteilung der Rechtsanwälte Schäfer und Höring in Stuttgart.

liche Zusammenstellung heraus, die alle in Geltung bleibenden Bestimmungen des Polizeistrafgesetzbuches enthielt, worunter ebenfalls den § 71:

„Personen, welche in ausserehelicher Geschlechtsverbindung zusammenleben, sind an Geld bis zu 50 Fl. oder mit Haft bis zu 14 Tagen zu bestrafen und voneinander zu trennen."

Seitdem ist das Polizeistrafgesetzbuch mehrmals abgeändert worden. Die neueste Fassung stammt vom 20. Augut 1904, revidiert am 7. Juli 1910 und sieht wieder den § 72 vor, der den Konkubinat bestraft mit Geldbusse bis zu 100 Mark, beziehungsweise Haft bis zu 14 Tagen[176].

Auch Baden hatte eine weite Fassung des Tatbestandes vorgezogen und verlangt bloss ein Zusammenleben, ohne dass dadurch öffentliches Ärgernis erregt zu werden braucht. Ebenso wird keine einheitliche Wohnung verlangt, da die Praxis darauf hingewiesen hat, dass sogar Eheleute in verschiedenen Räumen, ja sogar Wohnungen, gewohnt haben, und dass dies leicht vermieden und das Gesetz damit umgangen werden könne. Desgleichen soll ein blosser Mangel des Beweises von Beischlafshandlungen die Verfolgung und eventuelle Bestrafung nicht hindern. Vergleiche darüber ein Erkenntnis des badischen Hofgerichtes des Mittelrheinkreises vom 4. Juli 1862[177]. Auch wird keine polizeiliche Verwarnung vorausgeschickt, sondern sofort zur Bestrafung geschritten und nach dieser die Trennung beider Personen vorgenommen.

Anhalt. Hier wurde im Polizeistrafgesetzbuch vom 29. März 1855 (Anlage A zum Gesetze vom 1. Juli 1864, Nr. 30 der Gesetzessammlung) in Art. 89 eine Bestimmung gegen den Konkubinat aufgenommen. Nach der ausdrücklichen Vorschrift im § 2 des Gesetzes vom 30. Dezember 1870, betreffend die Übergangsbestimmungen bei Einführung des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (Nr. 250 der Gesetzessammlung) blieb die Bestimmung des alten Polizeistrafgesetzbuches in Kraft[178]:

„Unverheiratete Personen, welche wie Eheleute zusammenleben (Konkubinat) sind mit Geldbusse von 5—20 Thl. oder Gefängnis von 3—14 Tagen zu bestrafen und voneinander zu trennen."

Dieser Tatbestand, der nach altem Muster aufgestellt wurde, enthält sozusagen keine Merkmale, die in der modernen Wissen-

[176] Mitteilungen des schweizerischen Konsulates in Mannheim.
[177] Annalen der grossherzoglich-badischen Gerichte, Bd. 29, S. 56.
[178] Diese Mitteilungen wurden freundlichst zusammengestellt durch den schweizerischen Gesandten in Berlin.

schaft für den Konkubinat kennzeichnend sind. Die Bedingung, dass die Personen unverheiratet sein müssen, ist wohl überflüssig. Dies entspricht dem Charakter des Konkubinates, und wenn einmal ausnahmsweise ein Verheirateter in den Fall kommt, in einem wirklichen Konkubinatsverhältnis zu leben, so soll auch dieser dafür bestraft werden und nicht deswegen frei ausgehen. Die Dauer des Verhältnisses und der Geschlechtsverkehr werden ganz einfach als „Zusammenleben wie Eheleute" ausgedrückt. Im Gegensatz zu andern Staaten sagt das Gesetz von Anhalt nichts über viele andere Punkte. So berührt es auch das öffentliche Ärgernis nicht. Bei der Aufnahme des Konkubinates in das Gesetz hat aber wohl das öffentliche Ärgernis als eines der Hauptmotive mitgewirkt. Bestand einmal eine entsprechende Strafvorschrift, so hat der Gesetzgeber es überflüssig gefunden, die Bestrafung noch von der Erregung öffentlichen Ärgernisses abhängig zu machen, sondern er zog vor, alle derartigen Verhältnisse ohne Unterschied zu bestrafen. Auch verlangt das Gesetz nicht die Innehabung einer gemeinsamen Wohnung, sondern die Interpretation eines Zusammenlebens wie unter Eheleuten ist dem Polizeirichter überlassen. Weiter aber schreibt das Gesetz neben der Strafe die Trennung vor.

In gleicher Weise wie diese obgenannten Staaten haben noch Sachsen-Altenburg und Reuss - ältere Linie[178] den Konkubinat in ihren Strafgesetzen aufgenommen. So Sachsen-Altenburg im Gesetz vom 29. Dezember 1888, und Reuss in der gesetzlichen Verordnung vom 4. Januar 1854. Wir finden bei diesen zwei Gesetzen die ähnlichen Tatbestandsmerkmale, welche wir bei den eben angeführten übrigen deutschen Staaten beobachten konnten.

Ähnlich dieser Gruppe von Staaten gibt es eine Reihe solcher, die durch ihre Polizeibehörden den Konkubinat verbieten und dieses Verbot entsprechend mit Strafen belegen, wodurch eine bloss mittelbare Bestrafung des Konkubinats erzielt wird. Eine rasche Durchgehung dieser Landesgesetze wird auch hier am bildlichsten wirken.

Preussen. Die preussische Kabinettsordre vom 4. Oktober 1810 hatte verfügt, es sei nach dem Versuch der Verehelichung eine endültige Trennung beider Personen vorzunehmen[180]. Dementsprechend standen Strafandrohungen in den preussischen Entwürfen von 1833 in § 396 und 1836 in § 520. Aber in den Verhandlungen des Staatsrates im Jahre 1840 wurde darauf hinge-

[179] Mitteilung des schweizerischen Konsulates in Leipzig.
[180] Vgl. den Text zu Anmerkung 111.

wiesen, dass ein Einschreiten durch die Polizei wohl meistens erfolglos bleiben würde und somit wurde der entsprechende Paragraph gestrichen[181]. Eine königlich preussische Ordre vom 13. Februar 1846, welche die Vorbereitungen zum Strafgesetz betraf, wies auf eine Bestrafung des Konkubinats hin. Der Entwurf von 1847 fasste den § 441 wie folgt:

„Wer den zur Beschränkung der Unzucht erlassenen polizeilichen Anordnungen zuwiderhandelt ..."

Dieser Entwurf wurde neuen Änderungen unterzogen, so dass schliesslich das Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 mit den beiden in Frage kommenden Paragraphen den Konkubinat auch nicht traf.

„Weibspersonen, welche den polizeilichen Anordnungen zuwider Unzucht treiben ..." (§ 146) und „Wer durch eine Verletzung der Schamhaftigkeit ein öffentliches Ärgernis gibt, wird mit Gefängnis ..." (§ 150).

Trotzdem aber wurden in Preussen solche Verhältnisse weiterverfolgt und nicht etwa unbeachtet gelassen. Eine Zirkularverfügung vom 11. April 1854 verlangte die Bestrafung aller Konkubinatsverhältnisse, die geeignet wären öffentliches Ärgernis hervorzurufen. Eine zwei Jahre früher erlassene Verfügung schreibt überdies, dass im Konkubinat lebende Ausländer ohne weiteres auszuweisen seien. Auch in neuerer Zeit, ohne dass Preussen eine direkte Strafbestimmung gegen den Konkubinat besass, wurden diesbezügliche Verfügungen erlassen, die auf eine Unterdrückung und Bestrafung dieser Verhältnisse hinwiesen. So z. B. eine solche des Ministeriums des Innern vom 14. August 1881 [182].

Mecklenburg. Sowohl Mecklenburg-Schwerin als auch Mecklenburg-Strelitz besassen eine Verordnung vom 24. April 1856, die das ausserehelichе Zusammenleben in ehelicher Gemeinschaft, also den Konkubinat oder die sogenannte wilde Ehe, mit Geldbusse oder Gefängnis bedrohte. Nach Erlass des Reichsstrafgesetzbuches aber wurde am 22. Dezember 1870 eine Verordnung erlassen, welche diejenige von 1856 aufhob. In diesem neuern Gesetz werden die Polizeiorgane verpflichtet, gegen den Konkubinat einzuschreiten und ihn zu verbieten und die nötigen Zwangsmassregeln zu ergreifen, um einen eventuellen Ungehorsam zu strafen. Somit gesellen sich beide Mecklenburg zu der Gruppe von Staaten, die mit mehr willkürlichen Massnahmen der Polizei gegen den Konkubinat vorgehen.

[181] Mittermaier: Vergleichende Darstellung, bes. Teil, Bd. 4, S. 171.

[182] Vgl. auch den 2. Verwaltungsbericht des königl. Polizeipräsidiums von Berlin, 1892, 349.

Sachsen. Auch dieser Staat hatte bis in die neueste Zeit eine Bestimmung in seinem Gesetz, die den Konkubinat traf. Deswegen wird er hier in dieser Gruppe erwähnt, weil die neueste Richtung erst seit 1921 in der Straflosigkeit des Konkubinats zum Ausdruck gelangte.

Im sächsischen Gesetz vom 8. Februar 1834 bestand ursprünglich keine Bestimmung, die den Konkubinat traf, sondern § 34 erklärte die nicht erwähnten fleischlichen Vergehen als straflos, was auch für den Konkubinat galt. Jedoch entgegen dem Entwurf wurde dem § 34 folgender zweiter Teil beigefügt[183]:

> „Im übrigen haben die Polizeibehörden in den Städten und auf dem Lande genaue Obsicht zu führen und nicht zu gestatten, dass Personen verschiedenen Geschlechts ohne sich zu verehelichen gleich Eheleuten zusammenzuleben, und durch Erzeugung unehelicher Kinder in einer solchen unsittlichen Verbindung den Ortsgemeinden zur Last zu fallen."

Dadurch ergab sich in Sachsen für den Konkubinat die merkwürdige Beurteilung, dass er als Vergehen straflos blieb, aber unter Umständen die beiden Personen wegen Ungehorsam gegen polizeiliche Anordnungen bestraft wurden. Dieser Artikel des Gesetzes von 1834 ist durch das sächsische Gesetz vom 22. April 1921 (sächs. Gesetzblatt 1921, S. 118) aufgehoben worden, wodurch Sachsen aus dieser Gruppe von Staaten ausscheidet, die den Konkubinat betreffende Bestimmungen in ihren Strafgesetzen kennen[184].

Dementsprechend besitzt Sachsen-Weimar eine Bekanntmachung der Landesdirektion vom 29. Dezember 1825, welche die Trennung der im Konkubinat lebenden Personen anordnet, im Falle eine Verehelichung unmöglich erscheint. Sie hält im fernern die Polizeibehörden an, das Entstehen solcher Verbindungen zu vereiteln, die sie als Ordnungswidrigkeiten auffasst. Auch Sachsen-Meiningen schreibt polizeiliche Massnahmen zur Verhinderung solcher Verhältnisse vor, im Ausschreiben der Landesregierung vom 20. Juni 1839.

Sachsen-Koburg-Gotha. Die Strafbarkeit fiel mit dem Strafgesetzbuch Thüringens vom 12. Juli 1850. Für Gotha vergleiche EG zum Strafgesetz vom 23. Dezember 1851, Art. 2. Für Koburg die Verordnung des Magistrats vom 6. Mai 1817 und 21. Februar 1825, für gültig erklärt durch die Entscheidung des Staatsministeriums vom 16. Juli 1884.

---

[183] v. Wächter, Abhandlungen, S. 241, 379 usw.
[184] Mitteilungen des schweizerischen Konsulates in Leipzig.

Hannover. Im Polizeistrafgesetzbuch vom 25. Mai 1847 bestimmte der § 94:

„Unverheiratete Personen, welche wie Eheleute zusammenleben (Konkubinat), sind mit Geldbusse bis zu 25 Thl. oder mit Gefängnis bis zu 14 Tagen zu bestrafen und voneinander zu trennen."

Als im Jahre 1866 Preussen diese Provinz annektierte, wurde nach dem preussischen System dieser Artikel gestrichen und es kamen bloss noch die dort üblichen polizeilichen Massnahmen zur Anwendung.

In diesem Sinn den Konkubinat bloss mit polizeilichen Verboten zu belegen, gehen noch andere Gesetzgeber vor. So z. B. Schwarzburg-Rudolstadt in seiner Verordnung vom 1. Mai 1858, betreffs die Organisation der untern Verwaltungsbehörden in § 27, Schaumburg-Lippe in der Land- und Polizeiordnung von 1615, Bremen im Ausführungsgesetz zu den deutschen Prozessgesetzen vom 25. Juni 1879, § 96 und 97, und Hamburg in seinem Gesetz betreffs das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege vom 25. April 1879, § 19. Endlich auch Reuss-jüngere Linie, das in einer burggräflichen Polizeiordnung von 1551 das Zusammenleben mit leichtfertigen und verdächtigen Weibspersonen verbietet und nach einer Verordnung vom 2. Januar 1775 den Verlobten streng verbietet, vor der Einsegnung der Ehe im gleichen Haus beisammen zu wohnen.

All diese letztern hier angeführten Staaten sind zur Vervollständigung der Gruppe, welche dem Konkubinat mit Polizeierlassen oder Spezialgesetzen beizukommen sucht, aufgezählt worden, womit gleichzeitig eine Ergänzung zum historischen Teil verbunden wird.

Einzig die Regierung von Elsass-Lothringen hatte erklärt, dass ein jedes Einschreiten von seiten der Landesbehörden zweckwidrig sei und als unzulässig gelten müsse[185]. Mit der Zugehörigkeit dieses Staates zu Frankreich wird diese Erklärung hinfällig und der Konkubinat bleibt in Elsass-Lothringen nach dem code pénal straffrei.

So ist der Konkubinat von der Mehrheit der deutschen Staaten unter Strafe gestellt worden. Trotzdem die Art und Weise des Vorgehens bei den verschiedenen Staaten ähnlich ist, können wir zusammenfassend in der Aufnahme der Tatbestände immerhin kleine Divergenzen konstatieren. So verlangen die Erregung eines öffentlichen Ärgernisses Württemberg und Hessen, während

[185] Mittermaier: Vgl. Darstellung, bes. Teil, Bd. 4, S. 175.

bei Sachsen, Bayern und Sachsen-Altenburg die Möglichkeit genügt, dass jemand Anstoss nehmen könnte. Auch wie in den verschiedenen Tatbeständen das Konkubinatsverhältnis umschrieben wird, ist ungleich. So nennen es Baden und Braunschweig kurz eine Geschlechtsverbindung, Bayern, Sachsen-Altenburg und Württemberg sogar eine fortgesetzte Geschlechtsverbindung, während Hessen und Anhalt die ungenauere Form des „Zusammenlebens wie Eheleute" gewählt haben. Damit verbunden fordern Bayern, Sachsen-Altenburg, Braunschweig, Hessen, Reuss ä. L., Koburg und Rudolstadt eine Wohnung, wogegen die andern dies zum Teil absichtlich nicht aufgenommen haben. Die Eigentümlichkeit, dass die später bestrafende Behörde vor ihrem definitiven Einschreiten eine Warnung zu erlassen hat, ohne dass aber das eventuell darauffolgende Strafverfahren aus Nichtbeachtung dieser behördlichen Verfügung resultiert, sondern weil die Betreffenden weiter im Konkubinat leben, finden wir in Hessen, Braunschweig und Sachsen-Altenburg. Im fernern sehen alle Gesetze die Trennung beider Personen vor, ausser Hessen, welches diesen Punkt unberührt lässt. Über die Strafarten und das Strafmass ist nur kurz zu bemerken, dass alle Staaten Geldbusse oder Haft vorsehen mit Ausnahme Württembergs, das allein nur mit Freiheitsstrafe droht. Die Vermögensstrafen variieren bis zu 150 M. und bei den Freiheitsstrafen stellt Braunschweig die schärfste mit 6 Wochen auf. Dagegen haben die Gesetzgeber der deutschen Staaten beim Konkubinat von der Verhängung von Nebenstrafen abgesehen.

§ 17. Andere Länder.

Österreich. Eine eigentliche Strafbestimmung den Konkubinat betreffend besteht in Österreich nicht. Trotzdem wird aber gegen Verhältnisse eingeschritten, die zur Befürchtung Anlass geben, dass eine allgemeine Erregung des öffentlichen Ärgernisses hervorgerufen werde. Auf Grund der kaiserlichen Verordnung vom 20. April 1854 und der Ministerialverordnung vom 30. September 1857[186] können gegen solche Geschlechtsverbindungen Geldbussen von 1—100 Gulden oder Arreststrafen von 6 Stunden bis 14 Tagen verhängt werden, um die nötige Ordnung wieder herzustellen. Nach den Mitteilungen des Professors Löffler[187] soll eine Bestrafung auf Grund dieser Verordnung in praxi äusserst selten sein. Im Entwurf zu einem österreichischen Strafgesetz im Jahre

[186] Regierungsblatt, Nr. 198.
[187] Vgl. Anmerkung 185.

1874 war eine Bestimmung aufgenommen worden, die den Konkubinat betraf. Es war dies der § 446:

„Personen, welche in fortgesetzter ausserehelicher Geschlechtsverbindung in einer Wohnung zusammenleben, sind, wenn sie dem polizeilichen Auftrag zur Trennung nicht nachkommen, mit Haft zu bestrafen."

Jedoch schon im gleichen Jahre beschloss der Ausschuss diese Bestimmung wieder zu streichen, mit der Begründung, es handle sich um die vollkommenste ausserehelichen Verbindung, die in gewissen Fällen sogar als wünschenswert zu betrachten sei[188].

Auch der Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch vom September 1909 [189], und desgleichen der Regierungsentwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches von 1912 [190] nahmen keine Bestimmung auf, unter welche der Konkubinat hätte subsumiert werden können, sondern begnügten sich in § 283, Abs. 1 die öffentliche Vornehmung unzüchtiger Handlungen, die das Schamgefühl verletzen, unter Strafe zu stellen.

Die nordischen Staaten dagegen haben sich der deutschrechtlichen Auffassung angeschlossen und den Konkubinat in ihre Strafgesetze aufgenommen.

Norwegen. Der Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen vom 14. November 1885[191] nahm eine Bestimmung auf, welche auch im später angenommenen Gesetzbuch aufrechterhalten blieb. Es war dies der § 379[192]:

„Wer trotz der Warnung einer Anklagebehörde ein öffentliches Ärgernis erweckendes Zusammenleben in unzüchtigem Verkehr mit einer Person des andern Geschlechts, fortsetzt, wird mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft.

Es trifft keine Strafe und ein erlassenes Urteil verliert in dieser Beziehung seine Wirkung, sofern die Personen, zwischen denen der unzüchtige Verkehr stattgefunden hat, miteinander die Ehe eingehen."

Das allgemeine bürgerliche Strafgesetz für das Königreich Norwegen vom 22. Mai 1902 nahm diesen § 379 wörtlich auf, ersetzte

---

[188] Ausschuss-Berichte: 8. Session, Beilagen, Nr. 704; 9. Session, Beilagen, Nr. 392; 10. Session, Beilagen, Nr. 916.

[189] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 29.

[190] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 39.

[191] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 11.

[192] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 20 und Mitteilung des Generalkonsulates für das Königreich Norwegen in Zürich.

dabei nur den „unzüchtigen Verkehr" durch „unzüchtigen Umgang."

Dieser Tatbestand weist einige Unterschiede auf gegenüber den meisten deutschen Gesetzestexten. Die vorgängige Warnung einer Behörde wird in diesem Gesetz an die Spitze gestellt, so dass die Bestrafung abhängig gemacht wird, nicht von einem behördlichen Befehl, der unbefolgt bleibt, woran sich die Strafe des Ungehorsams knüpft, sondern von einem guten Rat sich zu trennen, oder die Ehe einzugehen, ansonsten Bestrafung erfolge. Diese Art haben auch deutsche Staaten erwählt, so z. B. Hessen und Braunschweig.

Der von der Polizei Ermahnte ist aber im Grunde nicht schuldiger als der, welcher im versteckten dieselbe Übertretung begeht. Praktisch hängt diese Fassung mit der Erregung öffentlichen Ärgernisses zusammen, welches auch im Tatbestand des norwegischen Gesetzes figuriert; sie bedeutet eine Verminderung der gerichtlichen Fälle, also eine Entlastung der Gerichte, da oft aus Angst der Konkubinat aufgegeben wird. Nach Mittermaier genügt auch in Norwegen die Möglichkeit, dass jemand an Konkubinatsverhältnissen Anstoss nehmen könnte, und es brauchen nicht bestimmte Personen tatsächlich in ihrem Sittlichkeitsgefühl verletzt worden zu sein[193]. Im Gegensatz zur frühern Fassung des norwegischen Gesetzes, welches ein Zusammenleben wie Eheleute gefordert hatte, verlangt das neue Gesetzbuch ein Zusammenleben mit unzüchtigem Umgang. Es fügt noch bei, dass die beiden Personen verschiedenen Geschlechts sein müssen, was wohl als selbstverständlich gelten darf. Über das Zusammenleben in einer Wohnung sagt das Gesetz nichts, ebenso schreibt es nichts vor, ob an den beiden Personen die Trennung vorzunehmen sei oder nicht.

Dänemark. In ähnlicher Weise besitzt das allgemeine bürgerliche Strafgesetzbuch für das Königreich Dänemark vom 10. Februar 1866 eine diesbezügliche Bestimmung[194]. Der § 178 lautet:

> „Wenn Personen verschiedenen Geschlechts, entgegen der obrigkeitlichen Aufforderung sich zu trennen, fortfahren ein Ärgernis erregendes Zusammenleben zu führen, so werden sie mit Gefängnis bestraft."

Auch dieser Tatbestand bedarf einiger Bemerkungen. Im Gegensatz zum norwegischen Gesetz handelt es sich hier nicht nur

---

[193] Motive, 1896, 283.

[194] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 16 und Mitteilung der dänischen Gesandtschaft in Bern.

um eine Warnung, sondern um einen obrigkeitlichen Befehl, den Konkubinat aufzulösen. Kümmern sich die beiden Personen nicht weiter um diese Aufforderung und fahren sie weiter, zusammenzuleben, so dass die Öffentlichkeit sich daran stösst, so wird dann zur Bestrafung geschritten. Das Gesetz sagt ferner nichts über die Art und Weise des Zusammenlebens, ob z. B. die Bewohnung gemeinsamer Räume genüge, oder ob tatsächlich geschlechtlicher Verkehr vorliegen müsse. Auch über die Trennung spricht sich das Gesetz nicht aus, was aber für die Praxis angenommen werden darf. Eine Besonderheit finden wir in der Strafordnung, indem Dänemark unter Ausschluss der Geldstrafe nur mit Gefängnis droht (vergleiche auch das Gesetz von Württemberg).

Schweden. Das alte Zivilgesetz von Schweden von 1734 verbot das Zusammenleben unverheirateter Personen in einer Wohnung[195], aber nach dem neuen Gesetz vom 11. Juni 1920 lässt Schweden den Konkubinat unberührt. Ebenso bestraft das Strafgesetzbuch von 1864 den Konkubinat in keiner Weise[196].

Die Länder romanischen Charakters sind hier auch zu erwähnen, da sie vom Konkubinat und Konkubine sprechen. Aber sie verstehen darunter nicht ein eheähnliches Zusammenleben zweier Personen, sondern gebrauchen den Ausdruck Konkubinat um eine Art ehebrecherischer Handlung des Ehemannes zu bezeichnen, und zwar sind die Ansichten darüber nicht immer gleich, was eine kurze Darstellung weniger Länder beweisen soll.

Frankreich. Hier wird der Ehefrau nach code pénal Art. 230 das Recht auf Trennung der Ehe gegeben, wenn der Ehemann im ehelichen Hause neben seiner Frau eine Konkubine hält. Im weitern kann nach Art. 339 auf Bestrafung des ehebrecherischen Gatten geklagt werden.

Türkei. Auch dieses Land geht nach französischem Beispiel vor. Es bestand schon in seinem Strafrecht eine diesbezügliche Bestimmung aus einem Gesetz vom 3. April 1861. Dieser Fassung ähnlich hat die Novelle vom 4. April 1911, die ungefähr einen Drittel des Strafgesetzbuches neu verfasst hat, in Art. 201 mit Zusatz 4 folgendes aufgenommen[197]:

> „Ein Ehemann, der überführt wird in dem Hause, das er mit seiner Ehefrau zusammen bewohnt, mit einer andern Frau unerlaubten Geschlechtsverkehr zu unterhalten (Konkubinat), wird auf Antrag der Ehefrau mit Gefängnis von

---

[195] Giftermals Balk, Kap. 12, § 3.
[196] Mitteilung der schwedischen Gesandtschaft in Bern.
[197] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 34.

3 Monaten bis zu 2 Jahren und zugleich mit Geldstrafe von 5—100 türkischen Pfund bestraft."

Die Länder des spanischen Rechtes haben noch dazu das Moment des öffentlichen Ärgernisses aufgenommen.

Spanien. Im Strafgesetzbuch vom 17. Juni 1870 lautet der Art. 452[198]:

„Mit Besserungsgefängnis im Mindest-Mittelmass soll der Ehemann bestraft werden, welcher eine Konkubine innerhalb des ehelichen Hauses oder ausserhalb desselben, unter Erregung eines Ärgernisses (con escandolo) hat.

Die Konkubine soll mit Ortsverweisung bestraft werden.

Die Klage kann nur gegen beide Fehlbaren eingereicht werden."

Chile. Das Strafgesetz vom 1. März 1875 mit den bis 1889 vom Nationalkongress gebilligten Ergänzungen und Projekten schreibt in Art. 381 vor[199]:

„Der Ehemann, welcher innerhalb des Ehehauses eine Konkubine hat oder ausserhalb desselben, so dass ein öffentliches Ärgernis entsteht, soll mit Gefängnis II. bestraft werden und das Recht verlieren, seine Frau wegen der ehebrecherischen Handlungen anzuklagen, die während seines Konkubinates begangen sind.

Die Konkubine soll mit Ortsverweisung in irgendeinem, ihrer Masse, bestraft werden."

Mexiko. Dort bestimmt der Art. 821 des Strafgesetzbuches vom 7. Dezember 1871 in Absatz 2 folgendes[200]:

„Eine Ehefrau kann wegen Ehebruchs nur in 3 Fällen Strafantrag stellen:

1. Wenn der Ehemann Ehebruch in der Ehewohnung begeht;

2. Wenn er ihn ausserhalb der Ehewohnung mit einer Konkubine verübt;

3. Wenn der Ehebruch Ärgernis erregt, gleichviel wer die Ehebrecherin ist, oder an welchem Ort das Vergehen verübt wurde."

Diese Beispiele zeigen alle, wie grundverschieden diese Länder den Konkubinat auffassen, im Vergleich zur deutsch-rechtlichen Ansicht. Dass zwei ganz verschiedene Handlungen mit dem gleichen Ausdruck bezeichnet werden, rührt wahrscheinlich von der

---

[198] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 26.
[199] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 15.
[200] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 8.

Dauer des Verhältnisses her, da die Konkubine beim Ehebruch in einer Verbindung steht, die bereits längere Zeit hindurch gedauert hat. In all diesen Staaten ist der Konkubinat als ausserehelliche Geschlechtsverbindung, die den Charakter der Ehe trägt, unbekannt und eine Bestrafung solcher Verhältnisse wäre nach diesen Gesetzen wohl undenkbar, da die allgemein gefassten Artikel auf Handlungen des unsittlichen Benehmens und groben Skandals, mit Verletzung des Schamgefühls oder der guten Sitten lauten und wohl kaum auf den Konkubinat Anwendung finden könnten. Vergleiche darüber die verschiedenen Gesetze: Spanien, Art. 456, Ungarn im Strafgesetzbuch von 1878 mit den Ergänzungen bis 1909, § 249[201], den Vorentwurf zum Strafgesetzbuch für das Königreich Serbien von 1910, § 252[202], Chile, Art. 373, portugiesisches Strafgesetz von 1886, Art. 390[203], Vorentwurf zum japanischen Strafgesetz von 1898, Art. 226[204], Strafgesetz der Niederlande vom 3. März 1881, Art. 239[205] etc.

Neben diesen Staaten sind noch andere, die sich ebenfalls mit dem Konkubinat abgeben, aber die darunter entweder wieder etwas anderes verstehen oder ihn anders beurteilen.

Bulgarien. Dieses Land nennt noch den Konkubinat unter den Bestimmungen, welche die mehrfache Ehe behandeln und sagt in Art. 213 seines Strafgesetzbuches vom 2. Februar 1896[206]:

„Wer eine fremde, gesetzlich noch nicht geschiedene Frau, oder eine Frau, die einen gesetzlich noch nicht geschiedenen Mann zu sich nimmt, wird, wenn sie ungesetzlich miteinander leben (Konkubinat), mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft."

Russland. Dort ist der Konkubinat straflos, ebenso der ausserehelliche Beischlaf. Immerhin ist geschichtlich zu bemerken, dass Peter der Grosse in seinem Militärstrafgesetzbuch eine Bestimmung aufgenommen hatte, die wiederum im Sswod Sakonoff Aufnahme fand, und wonach der Konkubinat mit Gefängnis bestraft wurde. Das Strafgesetzbuch von 1845 bedrohte ihn dagegen nur noch mit Kirchenbussen und die Strafprozessordnung von 1864 erklärte in Art. 1002, dass alle Kirchenbussen von diesem Jahre an durch geistliche Gerichte zu verhängen seien[207]:

---

[201] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 30.
[202] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 32.
[203] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 19.
[204] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 14.
[205] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 1.
[206] Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 12.
[207] Bemerkungen zum neuen russischen Entwurf von Prof. Geyer, in Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 6, S. 559.

„Sachen über Verbrechen und Vergehen, für welche in den Kriminalgesetzen nur Kirchenbussen oder Verweisung der Schuldigen an das geistliche Gericht verordnet ist, gehören ausschliesslich vor dieses Gericht."

Die Kommission, die später die Kirchenbusse aus dem Strafensystem strich, fand keinen Grund den Konkubinat wieder in das Strafgesetz aufzunehmen und diesen mit Kriminalstrafen zu bedrohen. So enthält das neue russische Strafgesetzbuch vom 22. März 1903[208] nichts über den Konkubinat, sondern enthält bloss einen Artikel, der die Verletzung des Anstandes betrifft (vgl. § 280). Welche Änderungen, und ob solche den Konkubinat betreffende seit der Revolution getroffen sind, war mir nicht möglich zu erfahren.

England. In England waren die Ansichten über den Konkubinat stetem Wechsel unterworfen, so dass ein kurzer geschichtlicher Rückblick hier am zweckmässigsten erscheint.

Es wurden schon früher Bestimmungen erlassen, die eine genaue Regelung zur gesetzlichen Eheschliessung enthielten und im Gegensatz dazu die formlose Beieinanderwohnung verpönten. So verordnete Heinrich VIII. im Jahre 1541, dass nur die Ehen, welche von gesetzlichen Personen, d. h. von solchen, denen das göttliche Recht die Ehe nicht verböte, mit den gehörigen Formalitäten eingegangen worden wären, gültig sein sollten[209]. Später erliess Georg II. (1727—1760) eine diesbezügliche Bestimmung, den marriage act, in welchem alle Formalitätsvorschriften zur Eingehung einer gültigen Ehe abschliessend aufgezählt waren[21]. Speziell über den Konkubinat sprach sich das englische Recht nicht aus und obschon in England der Konkubine eine andere Bedeutung zugemessen wurde, als dies in den Ländern der Fall war, welche den Konkubinat als Tatbestand ihrer Strafgesetze aufgenommen hatten — denn nach der englischen Auffassung war die Konkubine eine Frau, deren unehrenhaftes Benehmen sie annähernd auf die Stufe einer Prostituierten herabsetzte[211] — so fiel der Konkubinat doch unter die Vergehen, welche ganz allgemein gegen Moral und Religion verstiessen. Schon im Jahre 1603, als Jakob I. auf den englischen Thron kam, wurden diese Vergehen der kirchlichen Rechtsprechung anvertraut. Je nach den politischen Richtungen änderte sich auch diese Ansicht, es seien diese Vergehen

---

[208] Wachsmann: Das neue russische Strafgesetzbuch, in Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. 24.

[209] Grabb: Geschichte des englischen Rechts, S. 464.

[210] Statut 26 Geo., 11. c. 33; Vgl. Grabb. S. 586.

[211] Commentaire sur le code criminel d'Angleterre de Blackstone, traduit par Coyer, Bd. 1, S. 240.

von kirchlichen Instanzen zu richten, so z. B. unter Cromwell, der die ganze Bestimmung Jakobs I. aufhob[212]. Aber bei der Restauration der Stuarts kam wieder die alte Auffassung zum Ausdruck und es fielen durchwegs alle diese Vergehen unter die Hand der Geistlichkeit, vom Ehebruch bis zum notorisch unzüchtigen Lebenswandel[213]. Dieser Richtung wurde im Jahre 1855 ein Ende bereitet, indem den ecclesiastical courts das Recht der Jurisdiktion entzogen wurde[214], ohne dass alle diese Vergehen vom Staat übernommen wurden.

An diesem Ort kann noch kurz auf ein Institut des altschottischen Rechts eingegangen werden, das seiner Natur nach ein Konkubinatsverhältnis begründete. Dies war das sogenannte handfasting, wonach zwei ledige Personen verschiedenen Geschlechts formlos in eine eheliche Gemeinschaft treten durften, sich nur auf eine mündliche Abmachung ohne Zeugen stützend. Nach Ablauf dieser Versuchszeit, welche ein Jahr und einen Tag dauerte, während welcher die beiden Personen im Konkubinat zusammenlebten, konnten sie erwählen, ob sie formell miteinander die Ehe eingehen wollten oder aber die gänzliche Trennung vorzogen[215].

6. ABSCHNITT: ALLGEMEINE BETRACHTUNGEN.

Zum Schluss seien hier noch einige allgemeine den Konkubinat betreffende Punkte erwähnt, zu denen fast alle Staaten Stellung genommen haben und die für die Lehre des Konkubinats im allgemeinen von einem gewissen Interesse sein dürften. Vor allem ist zu bemerken, dass aus dem ganzen Gebiet des Strafrechts es wohl die Ideen über die Sittlichkeitsdelikte sind, welche im Lauf der Zeit am meisten sich veränderten. Man braucht z. B. nur das Strafrecht Hamurabis[216] mit einem modernen Strafgesetzbuch zu vergleichen.

Als erstes sei versucht eine Begriffsbestimmung des Konkubinats zu ermitteln und dessen verschiedene Tatbestandsmerkmale anzuführen. Alle diese Tatbestandsmomente, die erfüllt sein müssen, um einen Konkubinat feststellen zu können, sind aber zum Teil dieselben, welche bereits im historischen Teil angeführt worden sind.

---

[212] Commentaries on the laws of England bv Blackstone, Bd. 4, S. 64 ff.
[213] Vgl. Anmerkung 212, und Harburger, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 4, S. 515.
[214] Stephen: A history of the criminal law of England, Bd. 3, S. 430.
[215] Chambers: Encyclopaedia, Bd. 5, S. 540.
[216] Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 16, S. 1 ff.

Vor allem ist der Konkubinat ein Verhältnis, das nach dem Vorbild der Ehe geartet ist. Zum Schutz dieser letztern stellen die Staaten aber ganz bestimmte Formen auf, welche zu erfüllen sind, um ein eheliches Leben ungestört führen zu können. So wäre zum Beispiel eine Strafandrohung gegen den Konkubinat unmöglich in einem Land, welches keine Bestimmungen über die Ehe enthalten würde, wo also eine Unterscheidung von Ehe und Konkubinat als unmöglich erscheinen müsste. Diese Bestimmungen für die Ehe bestehen in zu erfüllenden Formvorschriften, die eben für den Konkubinat wegfallen, so dass er zum eheähnlichen aber formlosen Verhältnis wird. Diese Formlosigkeit besteht während der ganzen Dauer, sei es bei der Eingehung oder Auflösung; ja selbst während des Bestehens des Verhältnisses ist sie vorhanden. Alles wird abhängig gemacht vom Willen der Beteiligten. Dieses Fehlen jeglicher Form, das tatsächlich den Konkubinat als Gegensatz der Ehe erscheinen lässt, steht etwas im Widerspruch mit der Bezeichnung des Konkubinates als einer eheähnlichen Geschlechtsverbindung. Aber die Ähnlichkeit ist vorhanden und der Gegensatz, der durch den Formmangel begründet wird, erleidet eine gewisse Ausgleichung. Die Eheähnlichkeit des Konkubinats, welche ihn zur höchststehenden der ausserehelichen Verbindungen stempelt, bildet ein zweites Tatbestandsmerkmal. Es können nur zwei Personen verschiedenen Geschlechts zusammen das Verhältnis eingehen. Ob beide Teile unverheiratet sein müssen, ist fraglich. Es ist denkbar, dass ein Konkubinat begründet wird, bei welchem der eine Teil bereits verehelicht ist, z. B. in einem andern Land. In der Regel aber würde dadurch ein weiteres Moment des Konkubinatsbegriffs verletzt, nämlich die Dauer, auf welche der Konkubinat regelmässig von Anfang an gerichtet ist. Auch dem Wesen des Konkubinates ist es entsprechender, dass beide Personen unverheiratet sind und so zusammenleben. Einige Gesetzestexte haben übrigens den Zweifel beseitigt, indem sie durch ihre Bestimmung nur unverheiratete Personen treffen, wogegen die meisten Gesetze darüber nichts aussagen. Immerhin ist es nicht ausgeschlossen, dass dort, wo das Gesetz diesen Punkt unberührt lässt, ein Konkubinatsverhältnis durch Verheiratete begründet wird, womit regelmässig auch das Delikt des Ehebruchs begangen wird. Die eben erwähnte Dauer des Verhältnisses ist kennzeichnend und unterscheidet den Konkubinat von bloss flüchtigen und vorübergehenden Geschlechtsverbindungen. Die Absicht, ein dauerndes Verhältnis zu begründen, äussert sich am besten dadurch, dass die beiden Personen beabsichtigen, wie Eheleute zusammenzuleben. Als äusserliches Kenn-

zeichen dient in den meisten Fällen die Innehabung derselben Wohnung. Immerhin ist in der Praxis verschiedener Staaten der Begriff der gleichen Wohnung sehr weit interpretiert worden, um eine Umgehung des Gesetzes zu verhindern. Eine weitere Ergänzung des Zusammenlebens bildet der Geschlechtsverkehr der beiden Personen. In den meisten Fällen aber ist dieser letztere schwer nachweisbar und daraus ist ersichtlich, mit welchen Schwierigkeiten es verbunden ist, ein Konkubinatsverhältnis zu treffen, wenn der einzelne ausserehelliche Beischlafsakt unter Strafe gestellt wird. Denn bloss durch die Feststellung wiederholter Beischlafsakte wird noch kein Konkubinat begründet. Dementsprechend hat das zürcherische Obergericht erklärt, dass es sich beim Konkubinat um eine Lebensgemeinschaft handle und nicht bloss um den geschlechtlichen Verkehr oder sonst eine Handlung, die bei einem Zusammenleben von 2 Personen ausgeführt wird[217]. Vergleiche auch ein Urteil der bernischen Polizeikammer von 1888[218].

Aus diesen verschiedenen Tatbestandsmerkmalen, die einerseits denen der Ehe fast gleichkommen, anderseits aber von ihr grundverschieden erscheinen, lässt sich für den Konkubinat etwa folgende möglichst alle Punkte enthaltende Definition aufstellen:

Konkubinat ist das Verhältnis zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, das auf unbestimmte, aber längere Dauer hin begründet wird, wonach sie in Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft eheähnlich zusammenleben, ohne aber die bei der Trauung erteilte staatliche Anerkennung zu erhalten.

Nach dieser Begriffsbestimmung scheiden alle Verhältnisse aus, die aus gesellschaftlichen Zwecken oder bloss zur Befriedigung des Geschlechtstriebes vorübergehend geschlossen werden. Von diesen kommt dem Konkubinat am nächsten das Halten einer Maitresse, das aber meines Erachtens entschieden nicht unter den Konkubinatsbegriff zu fassen ist, wie dies Kronauer tut[219]. Gerade in den beiden Bezeichnungen Maitresse und Konkubine liegt der Unterschied. Während bei der erstern das Zusammenwohnen nicht notwendig ist, sondern ein häufiger gegenseitiger Besuch genügt, kann eine Frau nur dadurch zur Konkubine des Mannes gestempelt werden, dass sie mit ihm ein gemeinsames Leben führt. Der Konkubinat ist also ein streng umschriebenes Verhältnis und nicht eine Einrichtung, welche dazu dient, alles was unmoralisch ist und gegen die guten Sitten verstösst, zusammenzufassen.

---

[217] Urteil der Appellationskammer III vom 19. Juni 1902 in Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Bd. 1, S. 236.

[218] Monatsbl. für bernische Rechtsprechung, Bd. 6, S. 119.

[219] Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 5, S. 202.

Nachdem nun der Begriff des Konkubinates erörtert worden ist, erhebt sich noch eine Frage, ob der Konkubinat als ein Sittlichkeitsdelikt in den Strafgesetzen der modernen Staaten aufzunehmen sei oder nicht, ob er nach heutiger Auffassung ein Vergehen gegen die Sittlichkeit bedeute? Vom Standpunkt der Ethik und Moral aus gesehen ist der Konkubinat etwas Verwerfliches und dort, wo die Kirche noch auf die Gesetzgebungen einen Einfluss ausübt, ist ein Verbot mit einer Strafandrohung leicht begreiflich. Wenn also auch in den verschiedensten Klassen der Konkubinat verurteilt und als unsittlich hingestellt wird, so geht die Wissenschaft der modernen Zeit doch mit Recht darauf aus, den Konkubinat nicht in die Strafgesetze aufzunehmen, ihn höchstens dem Polizeistrafrecht zu überlassen. Wieweit sich die Meinung vertreten lässt, wird am besten eine Betrachtung der bestehenden Gründe, welche für und gegen eine Bestrafung des Konkubinates sprechen, zeigen können.

Die Gegner des Konkubinates rufen einmal als Grund an, dass der Konkubinat eine Gefahr bedeute für die allgemeine Sittlichkeit, indem die im Konkubinat Lebenden von andern darin nachgeahmt würden, wenn vom Staat aus keine Strafandrohung aufgestellt sei. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Konkubinat eine Geschlechtsverbindung ist, die nicht ohne weiteres eingegangen wird. In vielen Fällen wird bloss ein ausserehelicher Geschlechtsverkehr vorliegen, der wiederum selbst in der Regel nicht unter Strafe steht. Bilden die beiden im Konkubinat lebenden Personen eine Gefahr für die allgemeine Sittlichkeit, so erklärt Mittermaier, dass der Fehler bei den beiden Personen liege, und der Grund nicht beim Konkubinatsverhältnis zu suchen sei[220].

Im weitern wird die Erregung öffentlichen Ärgernisses als Strafgrund angeführt, was schon in früherer Zeit galt, aber auch heute noch in verschiedenen Gesetzen als ein wichtiger Faktor angesehen wird. So erachtete z. B. das Obergericht von Zürich in einem Beschluss vom 14. Januar 1841 den Konkubinat für immer geeignet, öffentliches Ärgernis zu erregen[221]. Desgleichen ein Urteil der bernischen Polizeikammer vom 20. Mai 1899[222]. Ganz besonders auf dem Lande, wo die Einsicht in die Lebensweise der Nachbarn weit grösser ist, als in der Stadt, sind Fälle denkbar, wo die Öffentlichkeit an einem solchen Verhältnis Anstoss nehmen könnte. Aber auch hier wieder ist es nicht der Konkubinat

[220] Vgl. Darstellung, bes. Teil, Bd. 4, S. 173.

[221] Schauberg: Beiträge zur Kunde und Fortbildung zürcherischer Rechtspflege, Bd. 17, S. 257.

[222] Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 35, S. 422.

als solcher, der die Öffentlichkeit verletzt, sondern die Personen selbst tun dies durch ihr Gebahren, und es kann auch in einer Ehe vorkommen, dass die Eheleute schamlos und wider die guten Sitten die Gefühle ihrer Mitmenschen verletzen.

Am meisten für die Bestrafung des Konkubinates spricht aber ein wirtschaftlicher Moment, nämlich das Armenrecht und die Unterstützungspflicht. Denn nach der Ansicht der Gegner des Konkubinats bedeutet eine Strafloserklärung dieser Geschlechtsverbindung eine Vermehrung der unehelichen Geburten, was wiederum eine Belastung der Gemeinden zur Folge hat. Die Behauptung der Zunahme von unehelichen Geburten ist aber anhand der Statistiken widerlegt worden[223]. Immerhin ist es denkbar, da der Konkubinat ein ohne weiteres auflösbares Verhältnis ist, dass für den Staat, respektive die Gemeinden Gefahren zu entstehen drohen, welche, wenn die Anzahl anwächst, ganz bedeutend werden können. Einfache Leute, z. B. herumziehende Hausierer oder dergleichen sorgen nicht weiter zum voraus über ihre eventuelle Nachkommenschaft und so fallen ihre Kinder der Gemeinde zur Last, die für die Erziehung und Unterhalt aufzukommen hat. Diese Furcht der Inanspruchnahme hat gerade bei denjenigen schweizerischen Kantonen strenge Bestimmungen gegen die geschlechtlichen Vergehen hervorgerufen, in welchen vor 1874 die Eingehung der Ehe nur gestattet war, wenn bei den Brautleuten das Vorhandensein eines gewissen Vermögens bewiesen wurde[224]. Dazu kommt noch das Moment, dass unehelich Geborenen die richtige Erziehung im elterlichen Hause nicht garantiert wird, da sich die im Konkubinat lebenden Eltern vor dem Gesetz nicht verpflichtet haben, gemeinsam für die Kinder zu sorgen, wie dies durch die Eingehung der Ehe geschieht. Nun aber enthalten die modernen Zivilgesetzgebungen Bestimmungen, welche bezwecken, den unehelich Geborenen sozial eine möglichst günstige Stellung einzuräumen. Ausserdem liegt es aber nicht im Wesen des Konkubinates, sich wegen Kindeserzeugung zu trennen, sondern vielmehr in Gemeinschaft weiter miteinander zu leben, und es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass in den meisten Fällen die Anerkennung durch den Vater erfolgen wird, im Gegensatz zu Fällen von ausserehelichen Geburten, die aus bloss vorübergehenden geschlechtlichen Beziehungen hervorgehen, und welche vom ersten Moment an als Last empfunden werden.

Als weiterer Grund, dass der Konkubinat zu bestrafen sei, wird angeführt, er wirke schädlich auf das Institut der Ehe, indem

[223] Picot: Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht, Bd. 2, S. 60 ff.
[224] Vgl. Anmerkung 223.

er eine Verdrängung der letztern bedeute. Dieser Gedanke ist an und für sich begründet, und wenn es dazu käme, dass die Konkubinatsverhältnisse in so grosser Zahl auftreten würden, dass eine tatsächliche Verdrängung der ehelichen Verbindungen zu konstatieren wäre, müsste die staatliche Ordnung dementsprechend abgeändert werden. Dem ist aber nicht so: erstens ist die Anzahl dieser Verbindungen verschwindend klein, weil nach der heutigen Auffassung der Gesellschaft der Konkubinat vom moralischen Standpunkt aus verwerflich erscheint und die im Konkubinat Lebenden ihren Mitmenschen Anlass zu scharfer Kritik geben und zweitens ist die Tatsache häufig, dass Konkubinatsverhältnisse in Ehe umgewandelt werden, sobald den beiden Personen nichts mehr im Wege steht, den gesetzlichen Erfordernissen zur Ehe zu entsprechen. Man muss sich bloss vergegenwärtigen, in welchen Kreisen und aus welchen Gründen die bestehenden Konkubinatsverhältnisse grösstenteils gebildet werden. Einmal sind es Menschen, die ihre Papiere nicht in Ordnung haben oder solche nicht erhalten oder nicht besitzen, so dass ihnen die Eingehung einer richtigen Ehe verunmöglicht wird. So z. B. Ausländer, herumziehende Hausierer, Zigeuner und dergleichen, ganz besonders in der Nachkriegszeit von 1918 an war den im Ausland wohnenden Personen die Erlangung ihrer Papiere aus dem Inland sehr erschwert. Und da sie ohne ihre Dokumente nicht getraut werden konnten, so lebten sie bis auf weiteres miteinander im Konkubinat. Ferner wird in den ärmern Kreisen, die keinen festen Wohnsitz haben, und die nur ungern mit den staatlichen Behörden in Verbindung treten, der Konkubinat noch angetroffen. Mit einer Trauung sind immer Kosten verbunden, die solange es geht, lieber erspart bleiben. Wird diesen Leuten dann bei Strafe Trauung oder Trennung befohlen, so gehen sie in den meisten Fällen willig die Ehe ein. Aus dieser Art von Personen setzen sich die meisten Konkubinate zusammen und nicht aus Leuten, die bloss auf der Suche sind nach geschlechtlichem Umgang. So hat Sträuli nachgewiesen, dass die Anzahl der Konkubinate in Zürich nicht anwuchs während der Schliessung der Bordelle. In den Jahren 1892—1897, als die öffentlichen Häuser erlaubt waren, wurden 1906 Personen aufgefordert sich zu trennen, während von 1897—1902 bloss noch 1710 Personen im Konkubinat lebend angetroffen wurden[225]. Nach all diesen Erwägungen ist kaum anzunehmen, dass der Konkubinat ernstlich als Gefahr für die staatliche Eheordnung in Frage fällt. Unter anderem sagt Mitter-

[225] Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 16, S. 211 ff.

maier, dies sei „ein kleinlicher Gedanke, der nur ein Nachkomme der kirchlichen Verpönung des Konkubinates als einer Verachtung einer wichtigen kirchlichen Institution sei"[226].

Aber die moderne Ansicht hat sich nicht damit begnügt, die eben erwähnten Punkte zu widerlegen, sondern es sprechen noch andere Motive dafür, den Konkubinat straflos zu lassen. Der moderne Staat, der in der Regel den ausserehelichen Beischlaf nicht bestraft und vielleicht sogar das Bordellwesen kennt, kann nicht die vollkommenste der ausserehelichen Geschlechtsverbindungen unter Strafe stellen. Der Konkubinat unterscheidet sich eben von den übrigen ausserehelichen Verhältnissen dadurch, dass er nicht dem immerwährenden Wechsel unterliegt, was doch im Grund die Unsittlichkeit bedeutet, sondern die beiden Personen schliessen zusammen eine Gemeinschaft von längerer Dauer, während welcher sie eine persönliche Zuneigung verbindet und nicht die Befriedigung des Geschlechtstriebes im Vordergrund steht.

Ein anderer Grund, der ebenfalls von Bedeutung ist, bildet die Schwierigkeit, den Beweis zu erbringen. Die Feststellung eines eheähnlichen Zusammenlebens, verbunden mit geschlechtlichem Verkehr gestaltet sich oft äusserst schwierig. Als Hauptindizium für das eheähnliche Zusammenleben wird regelmässig die Feststellung einer gemeinsamen Wohnung der Angeschuldigten sein. Trotz dieser grossen Wahrscheinlichkeit, dass zwei im Konkubinat lebende Personen die gleichen Räume bewohnen, haben verschiedene Gesetzgeber die gemeinsame Wohnung nicht in den Tatbestand aufgenommen, da damit eine Umgehung des Gesetzes verbunden werden könnte, indem es sehr wohl denkbar ist, dass man im Konkubinat leben kann, verbunden mit der Bewohnung verschiedener Räume oder Stockwerke, ja sogar nach Harburger verschiedener Teile desselben Anwesens[227]. Nach dieser Ansicht würden finanziell bessergestellte Personen zwei Wohnungen im selben Haus besitzen, um praktisch gleichwohl zusammenzuleben, wodurch sie sich einer Bestrafung entziehen könnten, dagegen aber würde es die ärmere Klasse vorziehen,sich nur mit einer Wohnung zu belasten. Denn der Staat hat sowieso schon ein schärferes Auge auf die Konkubinatsverhältnisse armer Leute im Vergleich zur wohlhabenden Klasse, von der er jedenfalls geringere Gefahr läuft, als Helfer beansprucht zu werden. Anderseits aber wird durch diese weite Fassung die persönliche Bewegungsfreiheit bedeutend beeinträchtigt, indem dadurch der Unterschied zwischen

---

[226] Vgl. Darstellung, bes. Teil, Bd. 4, S. 173.
[227] Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 4, S. 514.

häufigem Besuch und Zusammenleben nicht mehr klar vor Augen liegt[228]. Während sich in dieser Beziehung ein Beweis eventuell erbringen lässt, gestaltet sich der Nachweis eines stattgefundenen Geschlechtsverkehrs unendlich viel schwieriger. Da dem Richter regelmässig keine Zeugen für diese Tatsachen zur Verfügung stehen, so gibt es nur ein Geständnis. Dieses Beweismittel aber wird selten zum Ziele führen, und so muss eine andere Art praktisch angewendet werden. Als Lösung hat sich die indiskrete und unglückliche Art und Weise ergeben, einen Beamten als Vertreter des Staates in die intimsten Angelegenheiten zweier verdächtiger Personen eindringen zu lassen. Dass bei diesem Verfahren Situationen entstehen, die sowohl indiskret als auch lächerlich erscheinen, ist selbstverständlich. So berichtet z. B. Stooss aus seiner Praxis als Richter, dass der Gemeindepräsident mit einigen Gemeinderäten nachts bei einem Junggesellen eine Hausuntersuchung vornahm, um festzustellen, ob der Betreffende mit seiner Haushälterin im Konkubinat lebe[229]. Auch Gautier erkundigte sich bei einem Beamten der deutschen Schweiz nach dem Beweisverfahren bei Konkubinatsfällen. Dieser erklärte ihm, dass ein Polizeibeamter in die Wohnung der in Frage stehenden Personen einzudringen und dort die Schränke zu untersuchen habe. Im Falle des Vorhandenseins von Wäsche und Kleidungsstücken beiderlei Geschlechts durcheinander, werde dann das Verhältnis als bestehend angenommen[230]. Noch andere Rapporte von Polizeibeamten über vorgenommene Untersuchungen liegen vor, die auf skandalöse Szenen schliessen lassen. Nach all diesen Ausführungen ist ersichtlich, dass die zur Bestrafung führenden Verfahren mehr Ärger schaffen und schädlicher wirken, als ein stilles Konkubinatsverhältnis, bei welchem die Beteiligten keine Absicht haben, andere Drittpersonen zu belästigen oder gar zur Unsittlichkeit zu verführen. Harburger geht sogar noch weiter und behauptet, dass durch die Gerichtsverhandlungen die Sittlichkeit noch mehr verletzt werde, als durch das Verhältnis selbst[231], was allerdings weit geht, wenn man bedenkt, dass die Gerichte zum Ausschluss der Öffentlichkeit bei den Verhandlungen berechtigt sind. Ebenfalls die Ansicht Mittermaiers[232], der Bürger werde zum Denunzianten erzogen, solche intimen Verbindungen aufzudecken und anzuzeigen,

---

[228] Vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichts in der amtlichen Sammlung, Bd. 31. I, Nr. 52.
[229] Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht, Bd. 14, S. 87.
[230] Gautier: Revue de morale sociale, Bd. 2, S. 63.
[231] Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 4, S. 515.
[232] Vgl. Darstellung, bes. Teil, Bd. 4, Seite 174.

worunter die allgemeine Moral eines Staates zu leiden habe, ist etwas weit gesucht.

Werden nun all diese angeführten Begründungen zusammenfassend erwogen, so muss einerseits gesagt werden, dass der Konkubinat den Staat und seine Ordnung nicht schwer gefährdet, und dass anderseits die Gründe gegen eine Bestrafung des Konkubinates von grosser Tragweite und Bedeutung sind, so dass daraus kein Interesse des modernen Gesetzgebers resultieren kann, den Konkubinat als strafbaren Tatbestand in die Gesetze aufzunehmen, sondern die Beurteilung desselben der Moral und dem Sittlichkeitsgefühl sowohl des einzelnen Individuums, als auch der Gesellschaft zu überlassen.

LITERATURANGABEN.

Amtliche Gesetzestexte der schweizerischen Kantone.
Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Leipzig, 1902.
Bishop: Commentaries on the criminal law. Boston, 1882.
Blackstone: Commentaries on the laws of England. London, 1795.
— Commentaire sur le code criminel d'Angleterre, übersetzt von Coyer. Paris. 1776.
Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Band 1. Zürich, 1902.
Böhmer: Jus ecclesiasticum Protestantium. Halle, 1756.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten III. Erlangen, 1874.
Brunner: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. München, 1921.
Chambers: Encyclopaedia. London und Edinburgh, 1924.
Concilium Tridentinum von Joh. Gallemart und Mitarbeitern. Augsburg, 1757.
Constitutio criminalis Theresiana. Wien, 1769.
Corpus juris civilis. Lyon, 1618.
Crabb: Geschichte des englischen Rechts. Darmstadt, 1839.
Czylarz: Lehrbuch des römischen Rechtes. Wien, 1919.
Danz: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. Leipzig, 1871.
Dernburg: Pandekten III. Berlin, 1892.
Eichhorn: Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. Göttingen, 1843.
Encyklopädie oder *Lexikon der katholischen Theologie* von Wetzer und Welte. 2. Aufl. von Hergenröther. Freiburg i. B., 1886—1903.
Entscheidungen des Bundesgerichts, amtliche Sammlung, Bd. 31, I, Nr. 52, Bern. 1905.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 33. Leipzig, 1900.
Falck: Das jütische Gesetz. Altona, 1836.
v. Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Giessen, 1847.
Friedberg: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Leipzig. 1909.
Gautier: Essai sur les limites de la répression dans le domaine de mœurs, in Revue de morale sociale, Bd. 2. Genf, 1900.
Geyer: Bemerkungen zum neuen russischen Entwurf eines Strafgesetzbuches, in Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Bd. 6. Berlin und Leipzig, 1885.
Gide: De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine, in Nouvelle revue historique de droit français. Paris, 1867.
Glück: Pandekten-Kommentar. Erlangen, 1835.
Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer. Göttingen, 1854.
— Gesammelte Weisthümer, Bd. 1, Göttingen, 1840.
Grolmann: Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft. Giessen, 1825.
Harburger: Die Bestrafung des Konkubinates in Deutschland, in Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Bd. 4. Berlin und Leipzig, 1884.
Herzog: Geschichte und System der römischen Staatsverfassung, II. Leipzig, 1887.
Hinschius: Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten. Berlin, 1886.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig, 1919.
Hüllmann: Städtewesen des Mittelalters, Bd. 4. Paris, 1826—1829.
Jarcke: Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Berlin, 1828.
Jauck: Strafrechtlicher Schutz in religiösem Empfinden, in Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Bd. 24. Berlin und Leipzig, 1904.
Jörs: Die Ehegesetze des Augustus. Marburg, 1894.

v. Justi: Rechtliche Abhandlung von den Ehen, die an und vor sich selbst ungültig und nichtig sind. Leipzig, 1757.
Karlowa: Formen der römischen Ehe und Manus. Bonn, 1868.
— Römische Rechtsgeschichte. Leipzig, 1901.
Koch: Römische Rechtsgeschichte. Berlin, 1921.
Kohler-Scheel: Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. Halle 1900.
— Die Karolina und ihre Vorgänger. Halle, 1900.
Krebs: Straf- und Strafprozessgesetze für den Kanton Bern. Bern, 1923.
Kronauer: Die Sittlichkeitsvergehen nach dem Zürcher Strafrecht, in Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht, Bd. 5. Bern, 1892.
Lexikon für Theologie und Kirchenwesen von Hozmann und Zöpffel. Braunschweig. 1888.
v. Lingenthal: Geschichte des griechisch-römischen Rechts. Berlin, 1892.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig, 1919.
Meyer: Der römische Konkubinat. Leipzig, 1895.
Michaelis: Mosaisches Recht, mit Chardin: Voyage en Perse, und Niebuhr: Beschreibung von Arabien. Frankfurt, 1775.
Mittermaier: Die Sittlichkeitsdelikte im schweizerischen Strafgesetzentwurf, in schweizerischer Zeitschrift für Strafr., Bd. 20, Bern, 1907.
— Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd. 4,. Berlin, 1906.
Mommsen: Römisches Staatsrecht. Leipzig, 1887—1888.
— Römisches Strafrecht. Leipzig, 1899.
Monatsblatt für bernische Rechtsprechung, Bd. 6 und 7. Bern, 1889 und 1890.
Müller: Religionsverbrechen, in schweizerischer Zeitschrift für Strafr., Bd. 17. Bern, 1904.
Osenbrüggen: Das alemanische Strafrecht. Schaffhausen, 1860.
Picot: Les délits contre le mœurs dans les codes pénaux suisses, in schweizerischer Zeitschrift für Strafr., Bd. 2. Bern, 1889.
Porret: Les écrits contre les mœurs, in schweizerischer Zeitschrift für Strafr., Bd. 4. Bern, 1891.
Protokoll der 2. Expertenkommission für den Strafgesetzbuchentwurf. Zürich, 1913—1914.
v. Quistorp: Grundsätze des deutschen peinlichen Rechtes. Leipzig, 1794.
Richter-Dove: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Leipzig, 1867.
Ritschl: Entstehung der altkatholischen Kirche. Bonn, 1857.
Römische Schriftsteller wie Plautus, Ovid, Cicero etc.
Rossbach: Die römische Ehe. Stuttgart, 1853.
Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher. Berlin, 1881 und folgende Jahre.
Schauberg in Beiträge zur Kunde und Fortbildung zürcherischer Rechtspflege, Bd. 17, Zürich, 1853.
Schnaubert: Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten und Katholiken. Jena, 1805—1806.
Schweizerisches Strafgesetzbuch, Entwürfe von 1894 und 1916. Zürich, 1917.
Segesser: Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern. Luzern, 1852.
Sohm: Institutionen des römischen Rechts. Leipzig und München, 1917.
Stenglein: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher. München, 1858.
Stephen: New commentaries on the laws of England. London, 1848.
— A history of the criminal law of England. London, 1883.
Stooss: Religionsdelikte, in schweizerischer Zeitschrift für Strafr., Bd. 17. Bern, 1904.
— Die schweizerischen Strafgesetzbücher. Basel und Genf, 1890.
— Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Basel und Genf, 1893.
— Der schweizerische Strafgesetzentwurf vor der schweizerischen Predigergesellschaft, in Zeitschrift für schweizerisches Strafr., Bd. 14. Bern, 1901.
Sträuli: Die Wirkungen der Novelle vom 27. Juni 1897 zum zürcherischen Strafgesetzbuch, in schweizerischer Zeitschrift für Strafr., Bd. 16. Bern, 1903.

Suetonus Tranquillus: Collectanea de vita et scriptis. Amsterdam, 1700.
Thomasius: Dissertatio inauguraria juridica de concubinatu. Halae, 1713.
Thormann: Rektoratsrede gehalten an der Universität Bern am 14. Dezember 1918. Bern, 1919.
Tittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Halle, 1823.
Verhandlungen der vom eidg. Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission für den schweizerischen Vorentwurf eines Strafgesetzbuches. Bern, 1896.
Villiger: Religionsdelikte. Zug, 1894.
Voigt: Leges Regiae. Leipzig, 1856—1875.
Wachsmann: Das neue russische Strafgesetzbuch von 1903. Berlin, 1918.
v. Wächter: Abhandlungen aus dem Strafrecht. Leipzig, 1835.
— Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts. Stuttgart, 1825.
Werner: Handbuch des peinlichen Rechts. Hadamar, 1820.
Wilda: Das Strafrecht der Germanen. Halle, 1842.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 35, 35, 44 und 45. Bern 1899, 1900, 1908 und 1909.
Zürcher: La question des mœurs dans le futur code pénal suisse, in Revue de morale sociale, Bd. 1. Genf, 1899.